الجزء الخامس

من

الأنصاف

تفضل بالأمر بطبعه وتوزيعه على نفقته

ابتغاء وجه الله ، ورجاء المثوبة في دار كرامته

محيي آثار السلف الصالحين ، المهتدي بهدي سيد المرسلين

صاحب الجلالة أمير المؤمنين

وإمام الموحدين ملك العلماء وعالم الملوك

الملك سعود بن عبد العزيز المعظم

أمتع الله بطول حياته المباركة

أصل بخط المصنف

قد مَنَّ الله سبحانه وتعالى بنسخة من الجزء الثالث من الانصاف بخط المؤلف . ولكنها ـ مع الأسف ـ ناقصة الورقة الأولى ، وبها بعض خروم فى أثنائها والموجود منها ٢٦٣ ورقة . وقد أصابها الإهمال والعث بالتآكل فى أطراف كثير من أوراقها ، والهوامش التى بقيت هى تكملة للأصل . تدل عليه مطابقة نسخة مكتبة أحمد الثالث .

ولا أشك أن هذا الجزء الثالث متمم للنسخة التى أخبرنى الأستاذ العلامة المحقق ، البحاثة المدقق ، مؤرخ العصر ، السيد خير الدين الزركلى : أنها بمكتبة الرياض العلمية السعودية . وقد تفضل فأرانى منها صورة فوطوغرافية لصفحة ، تأكدت تمام التأكد أنها نموذج مطابق كل المطابقة ـ فى الخط ، وحجم الورق ، وطريقة الكتابة ، والبياض الذى يتركه المصنف .

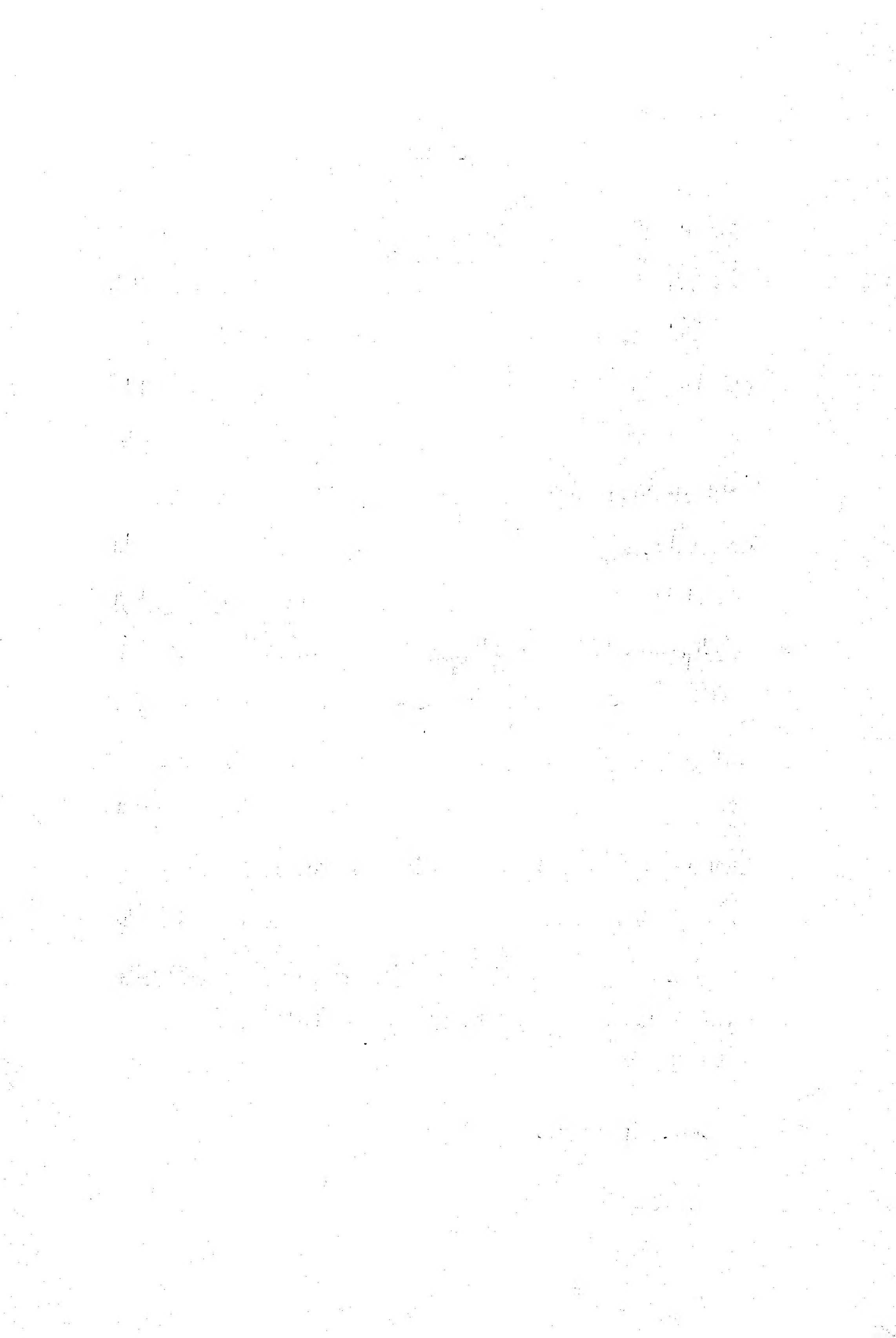
وقد اعتمدناها من أول هذا الجزء . وسترى نماذج منها فى الصور الثلاث هذه .

وسيرى القارىء أن النسخة المأخوذة صورتها من مكتبة أحمد الثالث بالأستانة رقم ٨٤٩ ، والتى اعتمدناها من أول الكتاب نسخة قيمة جداً . وأنها طبق الأصل الذى بخط المؤلف .

ولله الحمد أولا وآخرا . والصلاة والسلام على خاتم رسله محمد وعلى آله أجمعين ؟ .

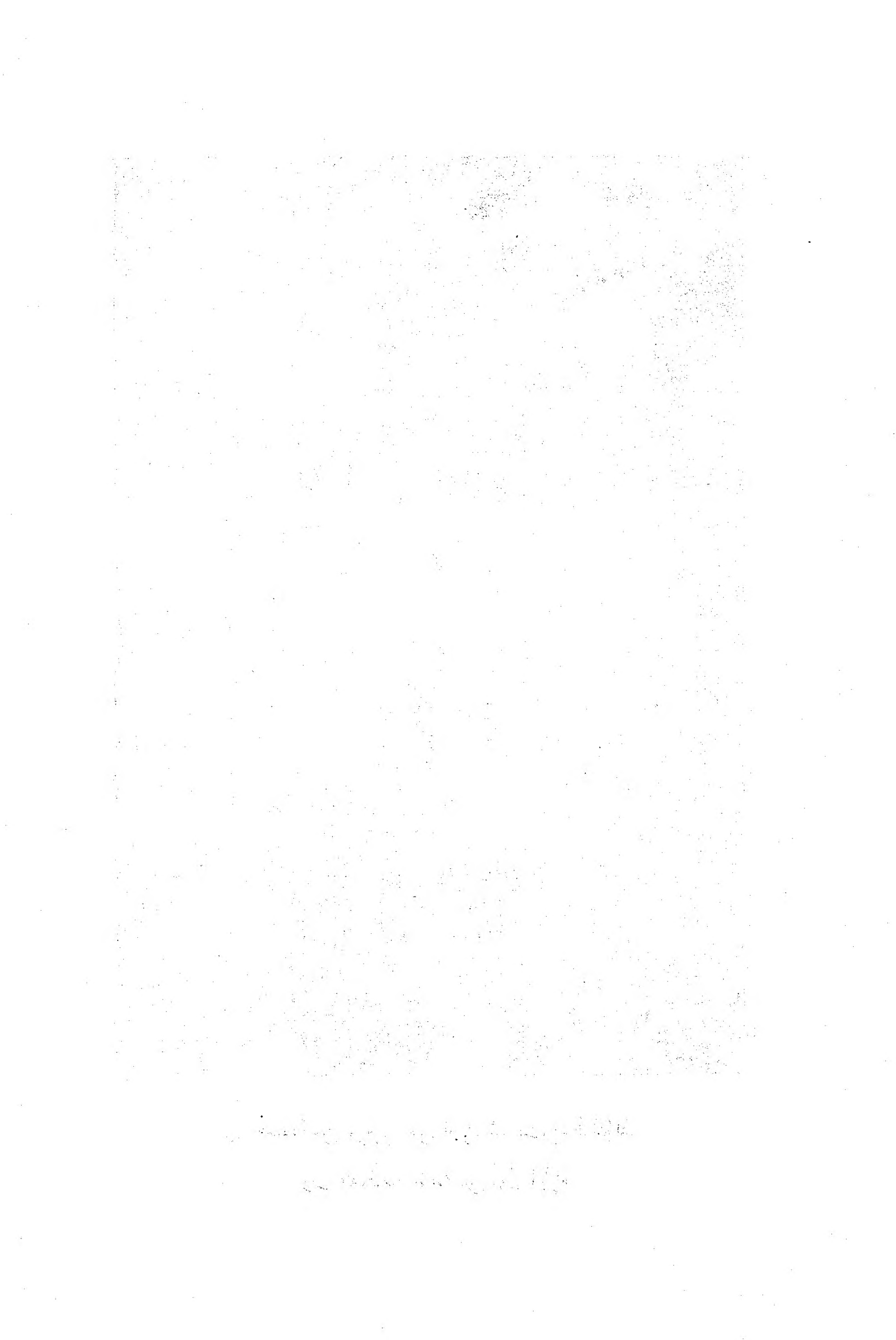
وكتبه فقير عفو الله ورحمته

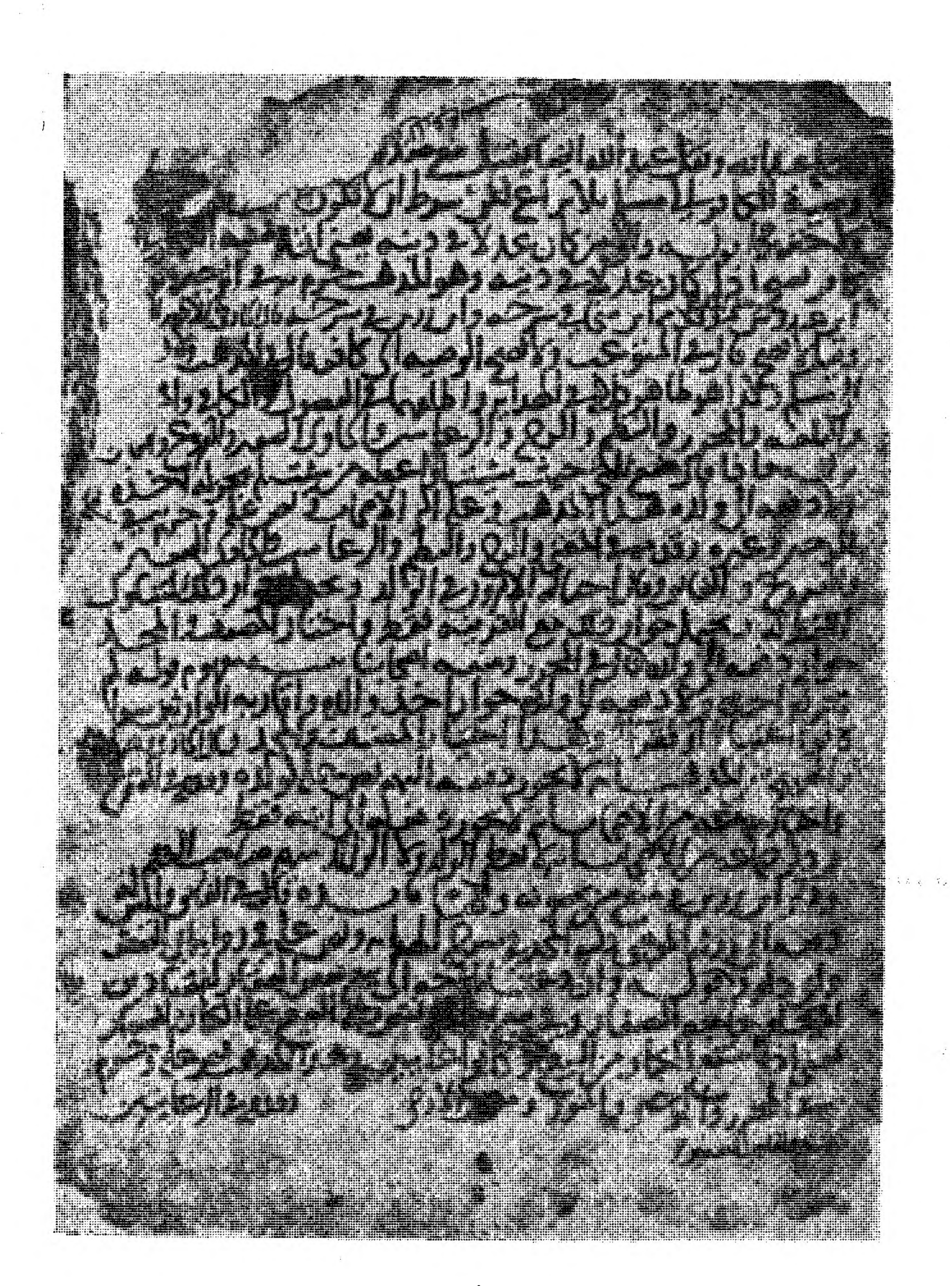
محمد حامد الفقي



أول صفحة من الموجود من الجزء الثالث بخط المؤلف

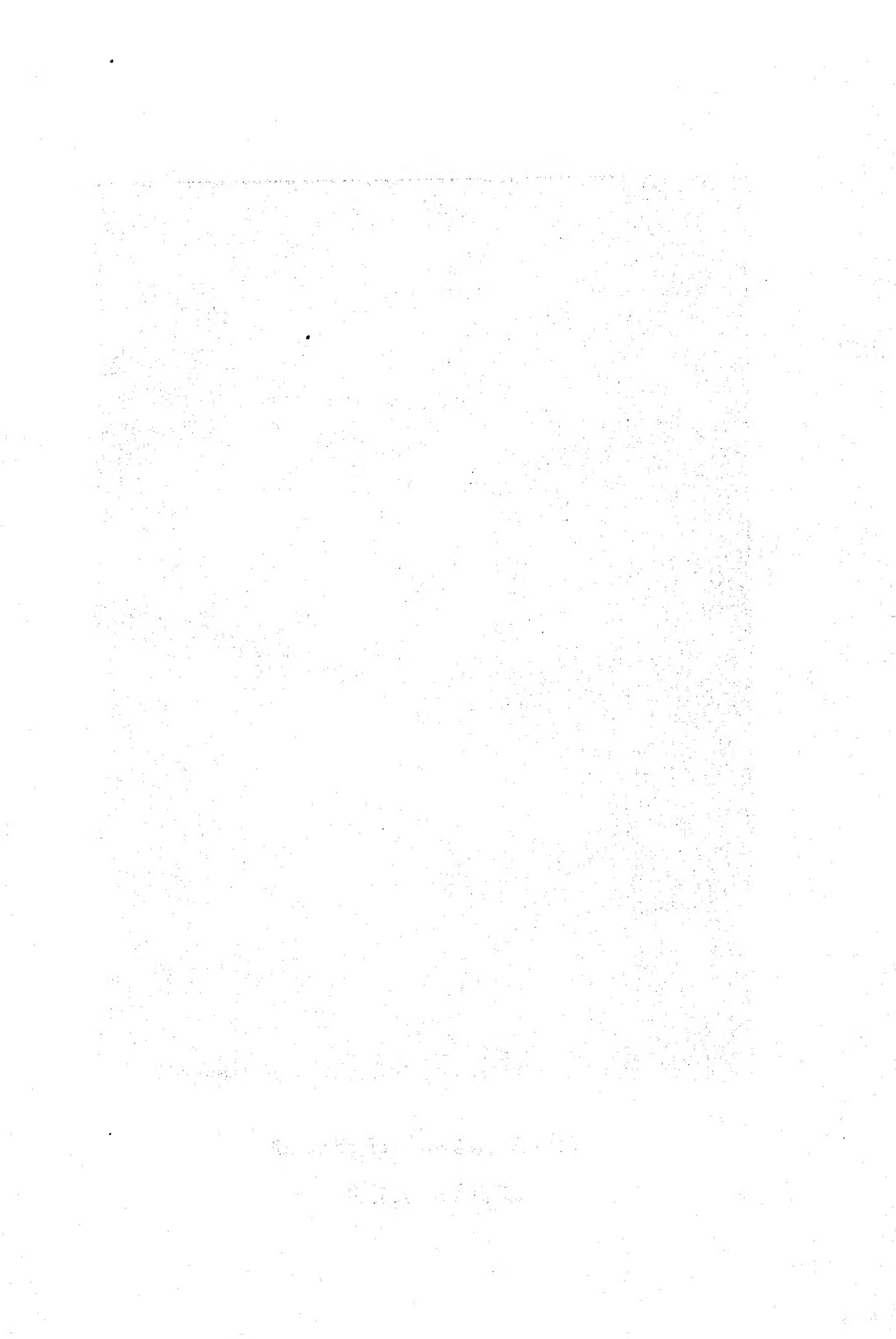
وهي الصفحة الثالثة من أول الجزء





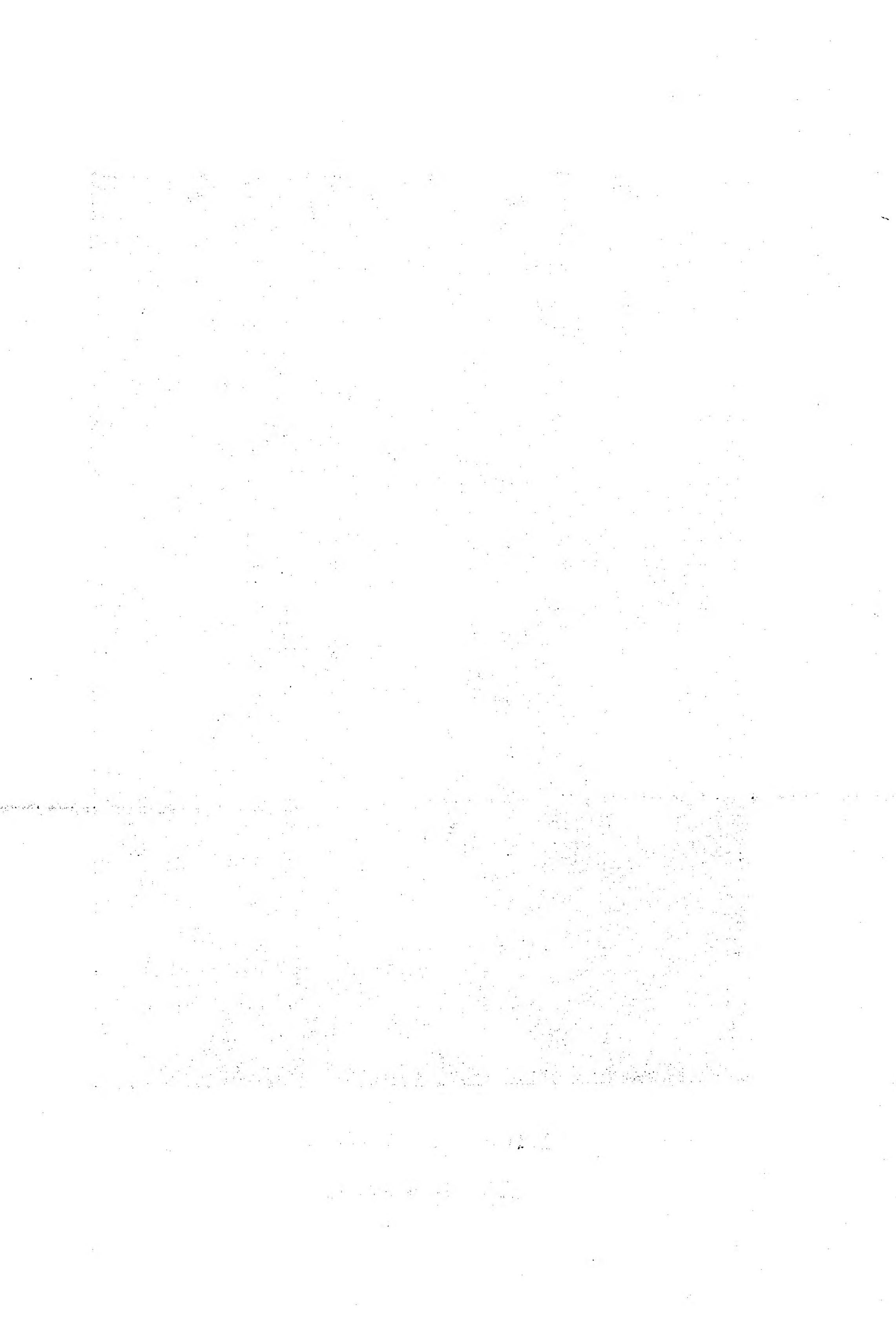
الصفحة التى قبل الأخيرة من الجزء الثالث

المكتوب بخط المؤلف



الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث

من المخطوطة بخط المؤلف



بسم الله الرحمن الرحيم

باب الربا والصرف

قوله ﴿ فَأَمَّا رِبَا الفَضْلِ : فَيَحْرُمُ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ ، مِنْ كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره . وقال : هذا المذهب .

قال الشارح : هذا أشهر الروايات . وذكره الخرقى ، وابن أبى موسى ، وأكثر الأصحاب .

قال القاضى : اختارها الخرقى ، وشيوخ أصحابنا .

قال الزركشي : هى الأشهر عنه . ومختار عامة أصحابه .

قال فى الفائق : اختاره الأكثرون .

فعليها : علة الربا فى الذهب والفضة : كونهما موزون جنس . وعلة الأربعة الباقية المنصوص عليها فى الحديث : كونهن مكيلات جنس ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال بعض الأصحاب : الكيل بمجرده علة ، والجنس شرط .

وقال : أو اتصافه بكونه مكيل جنس هو العلة . وفعل الكيال شرط . أو نقول : الكيل أمارة .

فالحكم على المذهب : إيجاب المماثلة ، مع أن الأصل إباحة بيع الأموال الربوية بعضها ببعض مطلقا . والتحريم لعارض .

وعلى المذهب : يجوز إسلام النقدى فى الموزون . وبه بطلت العلة . لأن

كل شيئين شملهما إحدى علتى ربا الفضل يحرم النساء فيهما .

وفى طريقة بعض الأصحاب : يحرم سلمهما فيه ولا يصح ، وإن صح فللحاجة.

تنبيه : فعلى هذه الرواية : يجرى الربا فى كل مكيل أو موزون بجنسه، مطعوما كان أو غير مطعوم ، كالحبوب والأشنان والنورة والقطن والصوف ، والحناء والكتان والحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك . ولا يجرى فى مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالمعدودات ونحوها .

وعنه لا يحرم إلا فى الجنس الواحد من الذهب والفضة .

﴿ وكُلِّ مَطْعُوم ﴾ مراده مطعوم للآدمى . وهو واضح . قال أبو بكر : روى ذلك عن أحمد جماعة . فتكون العلة فى الأثمان : الثمنية . وفيما عداها : كونه مطعوم جنس . فتختص بالمطعومات ، ويخرج ما عداها .

وعنه لا يحرم إلا فى ذلك إذا كان مكيلا أو موزونا . اختارها المصنف ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقواها الشارح . وجزم به فى العمدة .

فتكون العلة فى الأثمان : الثمنية ، وفى الأربعة الباقية : كونهن مطعوم جنس إذا كان مكيلا أو موزونا . فلا يجرى الربا فى مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالتفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ونحوه ، ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد ونحوه . وأطلقهن فى المذهب .

فوائد

الأولى : قولنا فى الروايتين الأخيرتين « العلة فى الأثمان : الثمنية » هى علة قاصرة . قال فى الفروع : لا يصح التعليل بها فى اختيار الأكثر . ونقضت طرداً بالفلوس ، لأنها أثمان ، وعكسا بالحلى .

وأجيب بعدم النقدية الغالبة .

قال فى الانتصار : ثم يجب أن يقولوا : إذا نفقت حتى لا يتعامل إلا بها إن فيها الربا ، لكونها ثمناً غالباً .

قال فى التمهيد : من فوائدها ربما حدث جنس آخر يجعل ثمنا ، فتكون تلك علة .

الثانية : رجح ابن عقيل ـ أخيرا فى عمد الأدلة ـ : أن الأعيان الستة المنصوص عليها لاتعرف علتها لخفائها . فاقتصر عليها ولم يتعداها ، لتعارض الأدلة عنده فى المغنى . وهو مذهب طاوس ، وقتادة ، وداود وجماعة .

الثالثة : القاعدة ـ على غير قول ابن عقيل ـ : أن كل شىء اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد فيه الربا ، رواية واحدة ، كالأرز والدخن والذرة والقِطْنيات والدهن واللبن ، ونحو ذلك . وما عدم فيه الكيل والوزن والطعم ، أو اختلاف جنسه : فلا ربا فيه . رواية واحدة ، كالتين والنوى والقت والطين ، إلا الأرمنى ، فإنه يؤكل دواء . فيكون موزوناً مأكولا . فهو من القسم الأول . وما وجد فيه الطعم وحده ، أو الكيل أو الوزن من جنس واحد : ففيه الخلاف .

قال الشارح : والأولى ـ إن شاء الله ـ حلُّه .

الرابعة : لاربا فى الماء مطلقا . على الصحيح من المذهب ، لإباحته أصلا وعدم تموله عادة . وعليه أكثر الأصحاب . وقطعوا به . منهم القاضى ، والمصنف وابن الجوزى ، والسامرى ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم . وصححه فى الفروع .

فعليها : قال المصنف ـ وتبعه الشارح ، والزركشى ـ لأنه ليس بمكيل . فلا يجرى فيه الربا .

وظاهر كلامه فى الفروع وغيره : أنه مكيل . فيكون مستثنى من عموم كلامهم . ويعايى بها .

وقيل : يجرى فيه الربا ، إن قيل : إنه مكيل .

قال الزركشى : والأقيس جريان الربا فيه ، على رواية أن علة الربا : الطعم . قال : وهو ظاهر مافى خلاف أبى الخطاب الصغير .

وتعليلهم بأن الأصل الإباحة : ينتقض بلحم الطير ، و بالطين الأرمنى ونحوهما و بأنه مما لايتمول : مردود بأن العلة عندنا ليست المالية .

الخامسة : الذهب والفضة داخلان ، على الروايات كلها . فيحرم التفاضل فيهما مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب ، إلا أن الشيخ تقى الدين رحمه الله ، جوز بيع المصوغ المباح بقيمته حالاً .

قلت : وعمل الناس عليه .

وكذا جوزه نساء ، ما لم يقصد كونها ثمناً . قال : وإنما خرج عن القرب بالصنعة . فليس بربوى ، وإلا فجنس بنفسه . فيباح خبز بهريسة .

وجوز الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً بيع موزون ربوى بالتحرى للحاجة .

السادسة : فعلى المذهب فى أصل المسألة : هل يجوز التفاضل فيما لايوزن بصناعة أم لا ؟ فيه روايتان . وذلك كالمعمول من الذهب والفضة والصفر والحديد والرصاص ، ونحوه . وكالمعمول من الموزونات ، كالخواتم والأسطال والإبر والسكاكين والثياب والأكيسة ، ونحو ذلك . وأطلقهما فى المذهب ، والفروع ، والفائق . وأطلقهما فى التلخيص فيما لايقصد وزنه .

إحداهما : يجوز التفاضل . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين . وهو الصواب . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

الثانية : لايجوز . اختاره ابن عقيل فى الفصول . وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاويين .

قال الزركشى : المنع اختيار جماعة . منهم ابن عقيل ، وغيره .

وعنه يجوز بيع ثوب بثوبين وكساء بكساءين يداً[1] بيد . وأصل ذلك الوزن ولم يراع أصله .

---

(١) أول الموجود من الجزء الثالث بخط المصنف .

وقال القاضي فى الجـامع الصغير ، والتعليق : إن قصد وزنه ـ كالأسطال ـ والإبريسم ونحوهما : لم يجز التفاضل . وإن لم يقصـد وزنه ـ كالصوف والقطن ونحوهما ـ جاز التفاضل . وجزم به فى التلخيص .

قال الزركشي : وهو قول جماعة . وهو أوجه . وقاله فى الـكافى فى الموزون وقطع فى المنسوج من القطن والـكتان : أنه لا ربا فيه .

قال فى الفروع : وعلى هذه المسـألة يخرج بيع فلس بفلسين . وفيه روايتان منصوصتان . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع .

إحداهما : لا يجوز التفاضل . نص عليه فى رواية جماعة . قدمه فى الحـاوى الـكبير ، والمستوعب .

والرواية الثانية : يجوز التفاضل .

فعلى هذه الرواية : لو كانت نافقة . هل يجوز التفاضل فيها ؟ على وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع .

إحداهما : لا يجوز . جزم به أبو الخطاب فى خلافه الصغير . وقدمه فى الحاوى الـكبير ، والمستوعب .

والوجه الثاني : يجوز . قال الزركشي : قال القاضي فى الجامع الصغير ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص وغيرهم : سواء كانت نافقة أو كاسدة . بيعت بأعيانها ، أو بغير أعيانها .

وجزم أبو الخطاب فى خلافه الصغير بأنهـا ـ مع نفاقها ـ لا تباع بمثلها إلا مماثلة ، معللا بأنها أثمان .

ثم حكى الخلاف فى معمول الحـديد . قال : وتلخص من ذلك فى الفلوس النافقة ، هل تجرى مجرى الأثمان . فيجرى الربا فيها ؟ إن قلنا : العلة فى النقدين

الثمينة مطلقا ــ وهو ظاهر ما حكاه أبو الخطاب فى جامعه الصغير[1] . أو لا يجرى مجراها ، نظراً إلى أن العلة ما هو ثمن غالبا . وذلك يختص الذهب والفضة . وهو قول أبى الخطاب فى خلافه الكبير ، على القولين .

وعلى الثانى : لا يجرى الربا فيها ، إلا إذا اعتبرنا أصلهـا ، وقلنا : العلة فى النقدين الوزن كالكاسدة . انتهى كلام الزركشى .

قوله ﴿ وَلاَ يُبَاعُ مَا أَصْلُهُ الكَيْلُ بِشَىْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَزْنًا ، وَلاَ مَا أَصْلُهُ الوَزْنُ ﴾ أى بشىء من جنسه ﴿ كَيْلاً ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقال فى الفائق : وقال شيخنا ــ يعنى به الشيخ تقى الدين رحمه الله ــ إن بيع المكيل بجنسه وزنا شاع .

وقال فى الفروع : ويتوجه من جواز بيع حب بدقيقه وسويقه جواز بيع مكيل وزنا وموزن كيلا . اختاره شيخنا .

قوله ﴿ فَإِنْ اخْتَلَفَ الجِنْسُ جَازَ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ كَيْلاً وَوَزْنا وَجُزَافاً ﴾ .

شمل مسألتين .

إحداهما : باع مكيلا بموزون ، أو موزونا بمكيل . فهذا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزناً وجزافاً ، إذا اختلف الجنس ، قولا واحداً . ونص عليه ، لكن الإمام أحمد رحمه الله كره المجازفة فى رواية ابن الحكم .

الثانية : باع مكيلا بمكيل ، أو موزوناً بموزون . واختلف الجنس . فعموم كلام المصنف هنا : أنه يجوز . وهو قول أكثر الأصحاب . وهو ظاهر كلام الخرقى ، والمذهب الأحمد والنظم ، والوجيز ، وتجريد العناية ، والمنور ، وإدراك الغاية ، وغيرهم . واختاره ابن عقيل ، والمصنف ، والمجد ، وصاحب التلخيص ، وابن منجا فى شرحه ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم .

---

(١) فى خ « خلافه الصغير »

قال فى الفروع : وهو أظهر . وقدمه فى الشرح ، والفائق والهداية ، والمستوعب والخلاصة ، والرعاية الـكبرى ، وغيرهم .

وعنه لا يجوز ذلك جزافاً . اختاره جماعة من الأصحاب . منهم أبو بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، والخلاف ، والشريف أبو جعفر .

قال فى الرعاية الـكبرى ، وقيل : يحرم . وهو أظهر . وأومأ إليه أحمد . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

قال ابن أبى موسى : لاخير فيما يكال بما يكال جزافاً . ولا فيما يوزن بمايوزن جزافاً ، اتفقت الأجناس أو اختلفت . وقاله القاضى . وهو المنصوص عن الإمام أحمد فى رواية الحسن بن ثواب وغيره .

قال فى الفروع : ونصه لا يجوز .

قلت : هذا المذهب . لأنه المنصوص عن الإمام أحمد .

والأول : اختاره كثير من الأصحاب ، لـكن لم ينقل عن صاحب المذهب . وأطلقهما فى المذهب ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

قوله ﴿ وَالجِنْسُ : مَالَهُ اسْمٌ خَاصٌ يَشْمَلُ أَنْوَاعًا ، كَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالبُرِّ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالمِلْحِ ﴾ .

نص عليه . قال فى الطريق الأقرب : والأبازير جنس .

تنبيه : صرح المصنف أن البر والشعير جنسان . وهو المذهب . وعليه الأصحاب وعنه هما جنس واحد .

قوله ﴿ وَفُرُوعُ الْأَجْنَاسِ أَجْنَاسٌ ، كَالْأَدِقَّةِ وَالْأَخْبَازِ وَالْأَدْهَانِ ﴾ .

وكذا الخلول . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه أن خل التمر والعنب جنس واحد . ورده المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقال فى التلخيص : وفى الخلول وجهان .

قال الزركشى ، وفى التلخيص : الخلول كلها جنس واحد . ولا معول عليه . انتهى .

قلت : يحتمل أن يكون الوجه الثانى ـ الذى فى التلخيص ـ موافقا للرواية .

وخرج فى النهاية من هذه الرواية : أن الأدهان المائعة جنس واحد . وأن الفاكهة ـ كتفاح وسفرجل ـ جنس .

فائدة : لايصح بيع خل العنب بخل الزبيب مطلقاً . نص عليه .

وقال القاضى وغيره : لانفراد أحدهما بالماء .

قلت : فيعايى بها .

واقتصر عليه الزركشى .

قوله ﴿ وَاللَّحْمُ أَجْنَاسٌ بِاخْتِلَافِ أُصُولِهِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأكثر . منهم أبو بكر ، والقاضى فى تعليقه وأبو الحسين ، وأبو الخطاب فى خلافه ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى تجريد العناية : اللحم أجناس باعتبار أصوله ، على الأظهر .

وعنه جنس واحد . اختاره الخرقى .

وأنكر القاضى كون هذه الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى الرعايتين . والحاويين ، وإدراك الغاية ، ونهاية ابن رزين .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ اللَّبَنُ ﴾ .

يعنى أن فيه روايتين . هل هو أجناس باختلاف أصوله ؟ وهو المذهب . كاللحم ، أو جنس واحد كاللحم ؟ سواء ، خلافاً ومذهباً .

وقال ابن عقيل : لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد . على الروايات كلها . لأن اسم البقر يشملها . ورده المصنف ، والشارح .

وعنه فى اللبن : أنه أربعة أجناس أيضاً ، كاللحم . ذكرها فى المذهب ، والهادى ، والتلخيص ، والرعاية ، وغيرهم .

وعنه فى اللحم : أنه أربعة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء . اختارها القاضى فى روايتيه . وحمل كلام الخرقى عليه . وضعف المصنف اختيار القاضى .

وأطلقهن فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والهادى ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة .

وقال ابن أبى موسى : لا خلاف عن الإمام أحمد : أن لحم الطير والسمك جنسان . انتهى .

وعنه فى اللحم : أنه ثلاثة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء .
قلت : وهو ضعيف . فإن لحم الوحش على هذه الرواية لم يذكر له حكم .

فائدتان

إحداهما : لحم الغنم جنس واحد . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .
وقيل : جنسان ، ضأن ومعز . لتفريقه سبحانه وتعالى بينهما . وهو احتمال . ذكره المصنف ، والشارح .

الثانية : الشحوم والأكبدة والأطحلة والرئات والجلود والأصواف والعظام والرءوس والأكارع ، ونحو ذلك مما اشتمل عليه اللحم : يجرى فيهن من الخلاف مايجرى فى اللحم . هل ذلك جنس أو أجناس ، أو أربعة ، أو ثلاثة ؟ قاله الزركشى والسامرى ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَاللَّحْمُ وَالشَّحْمُ وَالْكَبِدُ أَجْنَاسٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، والرعاية ، وغيرهما .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هذا ظاهر المذهب .

وقال القاضى ، وصاحب عيون المسائل : لا يجوز بيع اللحم بالشحم .

قال الزركشى : ولا أعلم له وجهاً .

قال فى عيون المسائل : لأنه لا ينفك عنه . ولهذا لو حلف لا يأكل لحماً . فأكل شحماً : حنث .

قال فى الفروع : كذا قال .

قال المصنف ، والشارح : فإن منع القاضى منه ، لكون اللحم لا يخلو عن شحم لم يصح . لأن الشحم لا يظهر ، وإن كان فيه شىء فهو غير مقصود . فلا يمنع البيع . ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم . لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه . ثم لا يصح هذا عند القاضى . لأن السمين الذى يكون مع اللحم عنده لحم . فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم . انتهيا .

فوائد

منها : القلوب والرءوس والأطحلة والرئات والجلود والأصواف والعظام والأكارع : كاللحم والشحم والكبد . يعنى كل واحد من ذلك جنس غير اللحم . وهذا الصحيح من المذهب .

وقيل : الرءوس من جنس اللحم . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقيل : لا .

ومنها : الألية ، والشحم جنسان . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره .

قال الزركشى : هو المشهور عند الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس ، وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : هما جنس واحد . وهو ظاهر ماقدمه فى النظم . وقدمه ابن رزين فى شرحه . واختاره المصنف . وقال : ظاهر كلام الخرقى أن كل ما هو أبيض فى الحيوان ، يذوب بالإذابة ويصير دهناً . فهو جنس واحد . قال : وهو الصحيح . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : اللحم الأبيض ، كسمين الظهر والجنبين ، ونحوه . هو واللحم الأحمر الخالص : جنس واحد . قاله القاضى ، وابن البنا ، وغيرهما .

قال الزركشى : جنس واحد على الأشهر . وجزم به فى المستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاويين . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقال المصنف : ظاهر كلام الخرقى : أنهما جنسان .

ومنها : حكى ابن البنا ، وابن الجوزى فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، فى جواز بيع اللبأ باللبن : وجهين .

وخصهما القاضى بما مست النار أحدهما . ورده المصنف ، والشارح .

وعندهما ــ مع صاحب المستوعب ــ أنهما جنس واحد ، يجوز بيع أحدهما بالآخر متماثلاً ، ولا يجوز متفاضلاً . ولا يجوز إن مست النار أحدهما . وجزم به فى النظم .

وحمل صاحب المستوعب وجه منع ابن البنا على ما إذا مست النار أحدهما . وجزم فى الرعاية الكبرى بعدم الجواز .

ومنها : لا يجوز بيع الزبد بالسمن ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين . وجزم به فى الكافى .

وقيل : يجوز . اختاره القاضى . ورده المصنف .

قال فى المحرر : وعندى أنه جائز . واقتصر عليه . وصححه فى النظم .

وأطلقهما فى الفروع ، والمستوعب . وقال : ذكرهما ابن عقيل ، وذكرهما ابن عقيل روايتين . قاله فى الفروع .

ومنها : يجوز بيع الزبد ، أو السمن بالمخيض . على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع : يجوزان به فى ظاهر المذهب متماثلا ومتفاضلا . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وقال : نص عليه فى الزبد . وجزم به فى النظم فى بيع السمن بالمخيض .

وقيل : لا يجوز .

ومنها : لا يجوز بيع اللبن بالزبد ، ولا بالسمن ، ولا بشىء منه من فروع اللبن . كاللبأ ونحوه . وسواء كان فيه شىء من غيره أو لا .

قدمه فى المغنى ، والشرح . وقال : هذا ظاهر المذهب . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والنظم .

وعنه : يجوز بيع اللبن بالزبد . إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذى فى اللبن . وهذا يقتضى جواز بيعه متفاضلا . ومنع جوازه متماثلا .

قال القاضى : وهذه الرواية لا تخرج على المذهب .

قلت : هذه الرواية شبيهة بالرواية الثانية الذى[1] فى « مد عجوة » على ما يأتى قريباً . وقد صرح بذلك فى المذهب .

والحكم فى السمن كالحكم فى الزبد . وقدم فى الرعاية : أنه لا يجوز بيعه بسمن . وإن جوزناه بزبد .

ومنها : لايجوز بيع اللبن بالمخيض . نص عليه . ويتخرج الجواز من التى قبلها .

قلت : صرح فى المذهب بها مثلها . وحكى الخلاف فى الكل .

ومنها : قال فى الرعاية الكبرى : لا يجوز بيع اللبن ، سواء كان رائباً أو

---

(١) كذا هى « الذى » بخط المصنف .

حليباً ، بلبن جامد أو مَصْل أو جبن أو أقِط . وجزم به فى المذهب وجزم به فى النظم فى غير المصل .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ لَحْمٍ بِحَيَوَانٍ مِنْ جِنْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب(١) .

قال المصنف ، والشارح : لا يختلف المذهب فى ذلك .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يحرم إذا كان الحيوان مقصود اللحم ، و إلا فلا .

قوله ﴿ وَفِى بَيْعِهِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمذهب الأحمد ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

أحدهما : لا يجوز . قال الزركشى : وهو ظاهر كلام أحمد ، والخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى تعليقه ، وجامعه الصغير ، وأبى الخطاب فى خلافه الصغير ، وغيرهم . انتهى .

وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والوجه الثانى : يجوز . قال المصنف ، والشارح : اختاره القاضى . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ونهاية ابن رزين ، ومنتخب الأدمى . وصححه المجد فى شرحه ، وشيخنا فى تصحيح المحرر . وهو المذهب .

وقال الزركشى ، و بعض [الأصحاب] المتأخرين : ينبنى القولين على الخلاف فى اللحم : هل هو جنس أو أجناس ؟ .

وصرح أبو الخطاب أنهما على القول بأنه أجناس . قال الزركشى : وهو الصواب . انتهى .

---

(١) من هنا خرم ست ورقات من مخطوطة المصنف فى غالب الظن .

قلت : قال فى الكافى : وإن باع اللحم بحيوان مأكول غير أصله ــ وقلنا : هما أصل واحد ــ لم يجز ، وإلا جاز .

وقال فى المغنى : احتج من منعه بعموم الأخبار . وبأن اللحم كله جنس واحد .

ومن أجازه قال : مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه . فجاز . كما لو باعه بالأثمان

وقال فى إدراك الغاية : وعنه اللحم أجناس باختلاف أصوله . فلا يصح بيعه بحيوان من جنسه . وفى غيره وجه .

فبنى الخلاف على القول بأن اللحم أجناس .

وقال الشارح : والظاهر أن الاختلاف مبنى على الاختلاف فى اللحم . فإن قلنا : إنه جنس واحد لم يجز . وإن قلنا : أجناس . جاز بيعه بغير جنسه .

فوائد

الأولى : يجوز بيع اللحم بحيوان غير مأكول ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفائق : جاز فى أصح الوجهين .

قال المصنف ، والشارح : جاز فى ظاهر قول أصحابنا .

وكأنهما لم يطلعا على نقل فيه خاص .

قال أبو الخطاب : ولا رواية فيه . فيحتمل وجهين .

وصرح بالجواز القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب فى خلافه الصغير ، وابن الزاغونى . وصححه ابن عقيل فى الفصول . وقدمه فى الفروع ، والرعاية . وهو ظاهر كلام الشريف أبى جعفر ، والقاضى فى الجامع الصغير .

وقيل : هو كالمأكول . جزم به ابن عقيل فى التذكرة . وأطلق وجهين فى المستوعب .

الثانية يجوز بيع اللحم بمثله بشرطه ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : ذهب جمهور الأصحاب إلى الجواز .

واختـاره القاضي ، وأبو الخطاب ، وغيرهما . وقدمه في المحرر ، والشرح ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم .

وعنه لا يجوز إذا كان رطباً . اختـاره الخرقي ، وأبو حفص العكبري . وقدمه في الرعايتين ، والحاويين .

ويأتي قريباً بيع رطبة برطبة . وهو شامل لهذه المسألة .

فعلى المذهب : يشترط نزع عظمه ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشي : اشترط القاضي والأكثرون في بيع اللحم نزع العظم .

قال في الفروع : ويعتبر نزع عظمه في الأصح . وقدمه في الرعاية الـكبرى . وهو ظاهر ما جزم به في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والتلخيص ، والمحرر وتذكرة ابن عبدوس ، والإيضاح .

وقيل : لا يشترط .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الحاوي الـكبير ، وغيرهم : وكلام الإمام أحمد يقتضي الإباحة من غير نزع عظامه ، ومالوا إلى ذلك . وقدمه في النظم .

الثالثة : يشترط لصحة بيع العسل [بالعسل] تصفيته من الشمع . فإن لم يصفَّ . فحكمه حكم « مد عجوة » على ما يأتي في كلام المصنف .

قوله ﴿وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ حَبٍّ بِدَقِيقِهِ ، وَلَا بِسَوِيقِهِ ، فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ﴾ وهي المذهب . وعليه الأصحاب .

والرواية الثانية : يجوز . فيباع وزناً . اختارها في الفائق . وعلل الإمام أحمد رحمه الله : المنع بأن الأصل الـكيل .

فوائد

إحداها : يحرم بيع دقيق بسويقه ، على الصحيح من المذهب . قدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين : يجوز ، على الأضعف .

وعنه لا يجوز وزناً . قال فى الحاويين : يجوز بيع دقيق بسويقه فى أصح الوجهين .

الثانية : لا يجوز بيع خبز بحبه ، ولا بدقيقه . نص عليه مراراً . وجزم به فى الرعاية ، والمذهب ، وغيرهما . نقل ابن القاسم وغيره المنع . لأن فيه ماء .

وعلله ابن شهاب بأنهما إذا صارا خبزا كان أكثر من هذا .

وفى الفروع هنا كلام محتمل . فلم نذكره .

الثالثة : لا يجوز بيع حب جيد بمسوس . ذكره ابن عقيل وغيره ، واقتصر عليه فى الفروع .

ويصح بيع حب جيد بحب خفيف .

قال ابن عقيل : وبيع عفنه بسليمه يحتمل كذلك .

قوله ﴿ وَلاَ أَصْلُهُ بِعَصِيرِهِ ﴾

يعنى لا يجوز ، كزيتون بزيت ونحوه .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

ونقل مهنا فى الزيتون يكره . وهو قول فى الرعاية .

قوله ﴿ وَلاَ خَالِصِهِ بِمَشُوبِهِ ﴾.

وكذا لا يجوز مشوبه بمشوبه . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ويجوز بيع ذلك والذى قبله على الرواية التى فى « مد عجوة » .

وظاهر ماقطع به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والخلاصة : جواز بيع خالصه بمشوبه . وفيه نظر ظاهر . وربما كان سهواً .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ بَيْعُ دَقِيقِهِ بِدَقِيقِهِ إِذَا اسْتَوَيَا فِى النُّعُومَةِ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدم فى التبصرة عدم الجواز .

فعلى المذهب : يباع بالكيل ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وقيل : بالوزن . اختاره القاضى . ورده المصنف ، والشارح .

قال فى الرعايتين ، والحاويين ، وقيل : أو وزناً .

قوله ﴿ وَمَطْبُوخُهُ بِمَطْبُوخِهِ ﴾ .

يعنى يجوز ، كاللَّبَإ[1] بمثله ، والأقط بمثله ، والسمن بمثله ، وما أشبهه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يصح .

وقيل : إن استويا فى عمل النار صح ، وإلا فمدّ عجوة .

قوله ﴿ وَخُبْزُه بِخُبْزِهِ ﴾ .

هذا المذهب فى الجملة . وعليه الأصحاب ، وأكثرهم قطع به .

قال وفى المبهج : لا يجوز فطير بخمير .

قوله ﴿ إِذَا اسْتَوَيَا فِى النَّشَافِ أَوْ الرُّطُوبَةِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز . وشرح ابن منجا ، والحاويين ، والتلخيص ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقال فى الرعايتين : وخبزه بخبزه . وأطلق . وقال : استويا جفافا .

وقال فى الفروع : وخبزه بخبزه . ولم يحك خلافا . وكذا قال فى الهداية .

قال فى المذهب : يجوز بيع الخبز بالخبز ، وإن تفاوتا فى الرطوبة واليبوسة . ولعل هذا المذهب .

---

(١) هو ماينزل فى الضرع عقب الولادة مباشرة .

قوله ﴿ وَعَصِيرُهُ بِعَصِيرِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . جزم به فى المغنى، والشرح ، والهداية والخلاصة . وصححه فى الفروع . وقدمه فى الرعاية الـكبرى . وقال : نص عليه .

وقيل : لا يجوز

قوله ﴿ وَرَطْبُه بِرَطْبِهِ ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعاية الـكبرى . وقال : نص عليه ، وغيرهم .

قال الزركشى : هو قول جمهور الأصحـاب : القاضى ، وأبى الخطاب ، والشيخين ، وغيرهم .

ومنع منه ابن شهاب ، وأبو حفص العكبرى . وهو رواية عن الإمام أحمد . وقالا : يحتمله كلام الخرقى فى اللحم بمثله .

قال فى المحرر : ولم يجزه الخرقى فى اللحم رطبا .

وقال المصنف : ومفهوم كلام الخرقى إباحته هنا . لقوله « ولا يباع شىء من الرطب بيابس من جنسه » فإن مفهومه جواز [بيع] الرطب بالرطب .

وتقدم بيع اللحم باللحم عند بيع اللحم بالحيوان .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْمُحَاقَلَةَ . وَهُوَ بَيْعُ الْحَبِّ فِى سُنْبُلِهِ بِجِنْسِهِ ﴾

أطلق المصنف قوله « الحب فى سنبله » وأطلق أيضاً جماعة . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والشرح ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

والصحيح من المذهب : أن بيع المحاقلة : هو ببيع الحب المشتد فى سنبله . فلا بد أن يكون مشتداً . جزم به فى المحرر ، والمنور ، والرعاية الـكبرى . وقدمه فى الفروع . وقال : ولم يقيده جماعة .

قوله ﴿ وَفِي بَيْعِهِ بغَيْرِ جِنْسِهِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح ، والتلخيص ، والنظم . وهو ظاهر ما صححه فى البلغة . وجزم به فى المنور . وجزم فى المغنى فى باب الربا عند مسألة « والبر والشعير جنسان » .

الوجه الثانى : لا يصح .

تنبيه : قوله ﴿ وَفِي بَيْعِهِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ﴾ .

قال فى الفروع : وفى بيعه بمكيل غير جنسه ، ثم قال : ويصح بغير مكيل فخص الخلاف بالمكيل . وهو الصحيح . وجزم به فى التلخيص ، والمحرر ، والفائق ، والرعايتين . وقدمه فى الفروع .

ومثل فى الحاوى الصغير بالشعير ونحوه . ومثله فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والحاوى الكبير ، وغيرها : بالشعير . وخص المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص وغيرهم : الخلاف بالحب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

فالأول أعم من الثانى . لأن كل حب مكيل . وليس كل مكيل بحب .

وتظهر فائدة الخلاف فى الأشنان ونحوه . فإنه داخل فى القول الأول ، لا الثانى . لأنه ليس بحب .

قوله ﴿ وَلاَ بَيْعُ المزَابَنَةِ . وَهِيَ بَيْعُ الرُّطَبِ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ بِالتَّمْرِ إِلاَّ فِي العَرَايَا . وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ خَرْصًا بِمِثْلِهِ مِنَ التَّمْرِ كَيْلاً فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ لِمَنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى أَكْلِ الرُّطَبِ وَلاَ ثَمَنَ مَعَهُ ﴾ .

« العرايا » التى يجوز بيعها : هى بيع الرطب فى رءوس النخل ، سواء كان

موهوباً أو غير موهوب . على الصحيح من المذهب . واختاره القاضى ، وجمهور الأصحاب . وهو ظاهر عموم كلام المصنف ، والمجد ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وظاهر كلام الخرقي — وتبعه جماعة من الأصحاب ، منهم صاحب التلخيص — تخصيص العرايا بالهبة . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى رواية سندى وابن القاسم : العرية أن يهب الرجل للجار — أو ابن العم — النخلة والنخلتين ، مالا تجب فيه الزكاة . فللموهوب له أن يبيعها بخرصها تمراً للرفق .

قوله ﴿ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ﴾ .

يشترط فى صحة ذلك : أن يكون فيما دون خمسة أوسق . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يجوز فى خمسة أوسق .

وذكر ابن الزاغونى فى الوجيز : أنه لا تشترط الأوسق أصلا فيما إذا كان المشترى هو الواهب إذا كان يشق عليه دخول الموهوب له وخروجه فى بستانه ، أو يكره الموهوب له دخول بستان غيره .

قال الزركشى : وأغرب ابن الزاغونى فى ذلك . ولا نظير له .

قوله ﴿ لِمَنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى أَكْلِ الرُّطَبِ ﴾ .

ولا نزاع فى ذلك .

ومفهوم كلام المصنف : أن البائع لو احتاج إلى أكل التمر — ولا تمر معه إلا الرطب — أنه لا يجوز له ذلك . وهو الصحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ماجزم به فى المغنى ، والشرح وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يجوز ذلك . وعللوه فقالوا : جواز ذلك بطريق التنبيه . لأنه إذا جاز

مخالفة الأصل لحاجة التفكه فلحاجة الاقتيات أولى . اختاره أبو بكر فى التنبيه . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والنظم ، وتذكرة ابن عبدوس ، والفائق ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى الرعاية الكبرى

وجعل ابن عقيل من صور الحاجة : إذا كانت موهوبة ويشق على الواهب دخول الموهوب له وخروجه ، أو يكره الواهب دخول غيره . فيجوز البيع إذاً .

تنبيه : يكتفى بالحاجة المتقدمة من جهة البائع أو المشترى ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا المشهور المختار لأبى محمد وغيره . وجزم به أبو بكر فى التنبيه .

وحكى المصنف ، والشارح عن أبى بكر والقاضى : اشتراط الحاجة من جانبى البائع والمشترى . وهو المقدم عند ابن عقيل .

قال الزركشى : وظاهر ما فى التلخيص : أنه يشترط ـ مع حاجة المشترى المتقدمة ـ أن يشق على الموهوب له القيام عليها .

فعلى المذهب ـ وهو اشتراط حاجة المشترى ، وعدم اشتراط حاجة البائع ـ يجوز للبائع أن يبيع أكثر من مائة وسق فى عقود متعددة بالشروط الآتية .

وعلى القول باشتراط الحاجة من البائع ، أو المشترى : لايجوز أن يبيع عريقين من رجلين خمسة أوسق فأكثر ، وهو قول أبى بكر ، والقاضى ، وابن عقيل .

قوله ﴿ وَيُعْطِيهِ مِنَ التَّمْرِ مِثْلَ مَا يَؤُولُ إِلَيْهِ مَا فِى النَّخْلِ عِنْدَ الْجَفَافِ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يعطيه مثل رطبه .

قال الزركشى : ولعله ظاهر الأحاديث .

وقيل : إنه المنصوص . وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والـكافى ، والزركشى .

تنبيه : تلخص مما تقدم : أنه يشترط لصحة بيع العرايا شروط . بعضها متفق عليه ، و بعضها مختلف فيه .

فمنها : كونه رطباً على رءوس النخل . فلايجوز بيع الرطب الذى على الأرض بتمر

ومنها : كونها دون خمسة أوسق على المذهب .

ومنها : كونها خرصاً لا جزافاً .

ومنها : كون المبيع بتمر ، فلا يجوز بيعها بخرصها رطباً .

ومنها : كون التمر المشترى به كيلاً لا جزافاً .

ومنها : كون التمر مثل ما حصل به الخرص ، لا أزيد ولا أنقص .

ومنها : الحلول والقبض من الطرفين فى مجلس العقد . نص عليه . وقبض كل واحد منهما بحسبه . ففى النخلة : بالتخلية ، وفى التمر : بكيله . فإن سلم أحدهما ثم مشى إلى الآخر فسلمه جاز التبايع .

و يأتى إذا ترك الرطب حتى أثْمَرَ فى الباب الذى يليه .

ومنها : الحاجة إلى أكل الرطب أو التمر ، على ما تقدم .

ومنها : أن لا يكون مع المشترى نقد يشترى به . فهذه تسعة شروط .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ فِى سَائِرِ الثِّمَارِ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس . وهو ظاهر كلام الخرقي ، والوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

والوجه الثانى : يجوز . قاله القاضى . وهو مقتضى اختيار الشيخ تقى الدين .

قلت : وهو الصواب عند من يتعاده . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما

فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يجوز فى العنب وحده . وهو احتمال للمصنف . وهو ظاهر ما قطع به الطوفى فى مختصره فى الأصول فى القياس .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف وغيره : أنه لا يجوز فى غير التمر . قولاً واحداً . وهو كذلك ، إلا أن الشيخ تقى الدين : جوز ذلك فى الزرع .

وخرج الشيخ تقى الدين : جواز بيع الخبز الطرى باليابس فى برية الحجاز ونحوها . ذكره عنه فى الفائق ، والزركشى . وزاد : بيع الفضة الخالصة بالمغشوشة نظراً للحاجة .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ جِنْسٍ فِيهِ الرِّبا بَعْضُهُ بِبَعْضٍ وَمَعَ أَحَدِهِما أَوْ مَعَهُمَا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِمَا ، كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ ، أَوْ بِدِرْهَمَيْنِ ، أَوْ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ ﴾ .

وهو المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقدموه ونصروه .

ويأتى : إذا ظهر أن المدين من شجرة أو زرع واحد ، أو الدرهمين من نقد واحد

وعنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه . اختاره الشيخ تقى الدين فى مواضع من كلامه

فعليها يجوز بيع درهمين بمدّ ودرهمين ، ومدين بدرهم ومد . ودرهم ومد بدرهم ومد . ومدين ودرهم بمدّ ودرهم ، وعكسه . ولا يجوز درهم بمد ودرهم ، ولا مد بدرهم ومد ، ونحو ذلك .

ومن المتأخرين ـ كصاحب المستوعب ـ من يشترط فيما إذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين : التساوى . وجعل كل جنس فى مقابلة جنسه .

وهو أولى من جعل الجنس فى مقابلة غيره . لاسيما مع اختلافهما فى القيمة .

فعلى هذه الرواية : يشترط أن لا يكون حيلة على الربا .

ونص الإمام أحمد رحمه الله على هذا الشرط فى رواية حرب . ولا بد منه .

وعنه رواية ثالثة : يجوز ، إن لم يكن الذى معه مقصوداً ، كالسيف المحلى . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكره ظاهر المذهب . ونصره صاحب الفائق فى فوائده .

فأما إن كانت الحيلة من غير جنس الثمن : فإنه يجوز . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه لا يجوز . قال فى الإرشاد : وهى أظهرهما . لأنه لو استحق وتلف لم يدر بِمَ يرجع ؟

قال ابن رجب فى قواعده : للأصحاب فى المسألة طريقة ثانية . وهى أنه لايجوز بيع المحلى بجنس حليته ، قولاً واحداً . وفى بيعه بنقد آخر روايتان . ويجوز بيعه بعرض . رواية واحدة . وهى طريقة أبى بكر فى التنبيه ، وابن أبى موسى ، والشيرازى ، وأبى محمد التميمى ، وأبى عبد الله الحسين الهمدانى فى كتابه المقتدى

ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه ، كأبى بكر . وقال الشيرازى : الأظهر المنع .

ومنهم من جزم بالجواز فى بيعه بغير جنسه ، كالتميمى .

ومنهم من حكى الخلاف ، كابن أبى موسى .

ونقل البرزاطى عن الإمام أحمد رحمه الله مايشهد لهذه الطريقة ــ فى حلى صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس ــ : أنه لايجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ، ولا بوزنه من الفضة والنحاس ، ولايجوز بيعه حتى تخلص الفضة من النحاس و يبيع كل واحد منهما وحده .

تنبيه : فعلى المذهب فى أصل المسألة : يكون من باب توزيع الأفراد على الجمل ، وتوزيع الجمل على الجمل .

وعلى الرواية الثانية : يكون من باب توزيع الأفراد على الأفراد .

فائدتان

إحداهما : للأصحاب فى توجيه المذهب مأخذان .

أحدهما ـ وهو ما أخذ القاضى ، وأصحابه : ـ أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفى القيمة : يقسط الثمن على قيمتهما . وهذا يؤدى هنا : إما إلى تعيين التفاضل ، و إما إلى الجهل بالتساوى . وكلاهما مبطل للعقد فى باب الر با .

والمأخذ الثانى : أن ذلك ممنوع ، سداً لذريعة الر با . فإن اتخاذ ذلك حيلة على الر با الصريح واقع . كبيع مائة درهم فى كيس بمائتين ، جعلاً للمائة فى مقابلة الـكيس ، وقد لايساوى درهماً . فمنع من ذلك و إن كانا مقصودين ، حسما لهذه المادة .

وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله إيماء إلى هذا المأخذ .

فلو فرض أن المدّين من شجرة واحدة ، أو من زرع واحد ، وأن الدرهمين من نقد واحد . ففيه وجهان . ذكرهما القاضى فى خلافه احتمالين .

أحدهما : الجواز ، لتحقق التساوى .

والثانى : المنع ، لجواز أن يغلب أحدهما قبل العقد . فيقبض قيمته وحده . وصححه أبو الخطاب فى انتصاره .

قلت : وهو المذهب . وداخل فى كلام الأصحاب ، لـكن القياس الأول . وأطلقهما فى الفروع ، وقواعد ابن رجب .

الثانية : لو دفع إليه درهماً ، وقال : أعطنى بنصف هذا الدرهم نصف درهم ، و بنصفه فلوساً ، أو حاجة أخرى : جاز . كما لو دفع إليه درهمين ، وقال : أعطنى بهذا الدرهم فلوسـاً ، و بالآخر نصفين . وكذا لو قال : أعطنى بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز . ذكره المصنف والشارح وغيرهما .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ نَوْعَى جِنْسٍ بِنَوْعٍ وَاحِدٍ مِنْهُ ، كدينار قِراضة ـ

وهو قِطَع الذهب ـ وَصَحِيحٌ بِصَحِيحَيْنِ ﴾ وكذا عكسه ﴿ جاز ﴾ .

وكذا لو باع حنطة حمراء وسمراء ببيضاء ، أو تمراً بَرْنياً ومعقلياً بابراهيمى ونحوه . وهذا المذهب فى ذلك كله . أومأ إليه الإمام أحمد . واختاره أبو بكر ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب الترغيب .

قال فى التلخيص : وهو الأقوى عندى . وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الشرح والفائق . وعند القاضى هى كالتى قبلها .

قال فى القواعد : وهى طريقة القاضى وأصحابه . وجزم به فى الخلاصة ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى المحرر . وأطلقهما فى المستوعب ، والكافى ، والرعاية الصغرى ، والحاويين . قال فى الرعاية الكبرى : وجهان ، وقيل : روايتان . انتهى .

ونقل ابن القاسم : إن كان نقداً فكمدّ عجوة . وأطلقهن فى الفروع ، والقواعد الفقهية .

فائدة : هذه المسألة ، ومسألة مد عجوة ، وفروعها : الربا فيها مقصود . فلذلك وقع الخلاف فيهما . أما إذا كان الربا غير مقصود بالإصالة ، وإنما هو تابع لغيره فهو على ثلاثة أنواع .

أحدها : مالا يقصد عادة ، ولا يباع مفرداً . كتزويق الدار ونحوه . قال فى الرعاية : وكذا ثوب طرازه ذهب ، فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق .

الثانى : مايقصد تبعاً لغيره ، وليس أصلا لمال الربا . كبيع العبد ذى المال بمال من جنسه . فهذا له حكم يأتى فى كلام المصنف .

الثالث : مالا يقصد وهو تابع لغيره ، وهو أصل لمال الربا إذا بيع بما فيه منه . وهو ضربان .

أحدهما : أن يمكن إفراد التابع بالبيع . كبيع نخلة عليها رطب برطب . ففيه طريقان .

أحدهما : المنع . وهى طريقة القاضى فى المجرد .

الثانى : الجواز . وهى طريقة أبى بكر ، والخرقى ، وابن بطة ، والقاضى فى الخلاف .

الضرب الثانى : أن يكون التابع مما لا يجوز إفراده بالبيع . كبيع شاة لبون بلبن ، أو ذات صوف بصوف ، و بيع التمر بالنوى . وهو قول المصنف « فى بيع النوى بتمر فيه نوى ، واللبن بشاة ذات لبن ، والصوف بنعجة عليها صوف . روايتان » وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والرعايتين ، والحاويين ، والنظم .

إحداهما ــ وهى المذهب ــ : يجوز . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى التصحيح ، وغيره . واختاره ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، والشارح ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، وشرح ابن رزين .

والثانية : لا يجوز . اختارها أبو بكر ، والقاضى فى خلافه . وقدمه فى الهادى .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : يجوز بيع اللبن والصوف بشاة ذات لبن أو صوف . ولا يجوز بيع نوى بتمر بنواه .

قال الشارح [على القول بالجواز] يجوز بيعه متفاضلا ومتساو ياً . على المذهب .

قال فى القواعد الفقهية : ولعل المنع ينزل على ما إذا كان الر بوى مقصوداً . فالجواز على عدم القصد .

وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل ، وغيره . وشهد له تعليل الأصحاب كلهم الجواز بأنه تابع غير مقصود .

فائدتان

إحداهما : الصحيح من المذهب : تحريم بيع تمر بلا نوى بتمر فيه النوى . و إن أبحناه فى عكسها .

وقيل : يباح كالعكس .

الثانية : قال ابن رجب : واعلم أن هذه المسائل منقطعة عن مُدِّ عجوة . فإن القول بالجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على مامعه . وقد نص الإمام أحمد رحمه الله فى بيع العبد الذى له مال بمال دون الذى معه .

وقال القاضى فى خلافه : فى مسألة العبد والنوى بالتمر : وكذلك المنع فيها عند الأكثرين . ومن الأصحاب من خرجها ـ أو بعضها ـ على مسائل مد عجوة .

ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو لا . وقد صرح به طائفة من الأصحاب . كأبى الخطاب ، وابن عقيل فى مسألة العبد ذى المال .

وكذلك حكى أبو الفتح الحلوانى رواية فى بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن : أنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثر مما فى الشاة من جنسه

قال ابن رجب : ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالأصالة ، والجواز مع عدم القصد . فيرتفع الخلاف . وإن حمل على إطلاقه فهو منزل على أن التبعية هنا لا عبرة بها . وأن الربوى التابع كغيره . فهو مستقل بنفسه .

قوله ﴿ وَالْمَرْجِعُ فِى الْكَيْلِ والوَزْنِ إلَى عُرْفِ أَهْلِ الْحِجَازِ فِى زَمَنِ النَّبِىِّ صَلَّى اللّٰهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، ونهاية ابن رزين . وتذكرة ابن عبدوس ، وإدراك الغاية ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقال فى المجرد : ومرد الكيل : عرف المدينة . والوزن : عرف مكة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والنظم ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، والفروع ، والوجيز ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قلت : لو قيل : إن عبارات الأولين مطلقة وهذه مبينة لها ، وأن المسألة قولا واحداً : لكان متجهاً .

ويقوى ذلك : أن صاحب الفروع جزم بذلك مع كثرة اطلاعه .

وقد استدل المصنف ، والشارح ، وغيرهما للأول بقوله عليه أفضل الصلاة والسلام « المكيال مكيال أهل المدينة ، و الميزان ميزان أهل مكة » فدل أن مرادهم ماقلناه . وهو واضح .

لكن قال فى الفائق : ومرجع الكيل والوزن : إلى عرف أهل الحجاز .

ورد فى المحرر الكيل إلى المدينة ، والوزن إلى مكة زمن النبى صلى الله عليه وسلم

وحكى فى الرعاية الكبرى الخلاف .

فظاهرهما : التغاير .

و يمكن الجواب بأنهما حكيا عبارات الأصحاب .

قوله ﴿ وَمَا لاَ عُرْفَ لَهُمْ بِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ ﴾ .

أصلهما احتمالان للقاضى [فى التعليق] .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة . والشرح ، والفائق .

أحدهما : يعتبر عرفه فى موضعه . وهذا المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين .

والوجه الآخر : يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز . وقدمه فى الخلاصة ، و إدراك الغاية ، وتجريد العناية ، ونهاية ابن رزين .

وقيل : يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز فى الوزن لاغير .

فعلى المذهب : لو اختلف عرف البلاد ، فالاعتبار بالغالب . فإن لم يكن غالب : تعين الوجه الثانى .

وعلى الوجه الثانى : إن تعذر رجع إلى عرف بلده . قاله فى الحاوى وغيره .

فوائد

إحداها : المائع كله مكيل . على الصحيح من المذهب .

والأدهان ، والزيت والشيرج ، والعسل ، والدبس ، والخل ، واللبن ، ونحوه قدمه فى الفروع .

قال المصنف والشارح : الظاهر أنها مكيلة . قال القاضى : الأدهان مكيلة . وفى اللبن يصح السلم فيه كيلا .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، إلا فى اللبن والسمن . فإنه أطلق الخلاف فيهما

وقدم فى موضع : أن اللبن مكيل . وقال : الزبد مكيل .

وسئل الإمام أحمد رحمه الله عن السلف فى اللبن ؟ فقال : نعم ، كيلا أو وزناً

وجزم ابن عبدوس فى تذكرته : أن الدهن واللبن مكيل .

وقال المصنف والشارح : يباع السمن بالوزن . ويتخرج أن يباع بالكيل . وجزما بأن الزبد موزون . وجعل فى الروضة العسل موزوناً .

قال المصنف والشارح : والخبز إذا يبس ودق وصار فتيتاً بيع كيلا .

وقال ابن عقيل : فيه وجه يباع بالوزن . انتهى .

والدقيق مكيل . على الصحيح من المذهب .

وقال القاضى : يجوز بيع بعضه ببعض وزناً . ولا يمتنع أن يكون موزوناً وأصله مكيل ، كالخبز . وتقدم ذلك عند جواز بيع بعضه ببعض .

الثانية : من جملة الموزون : الذهب ، والفضة ، والنحاس الأصفر ، والرصاص والزئبق ، والكتان ، والقطن ، والحرير ، والقز ، والصوف ، والشعر ، والوبر ، والغزل ، واللؤلؤ ، والزجاج ، واللحم ، والشحم ، والشمع ، والزعفران ، والعصفر ، والورس ، والخبز ، والجبن ، وما أشبهه .

ومن ذلك : البقول ، والسفرجل ، والتفاح ، والكمثرى ، والخوخ ، والإجاص ، وكل فاكهة رطبة . ذكره القاضى .

ومن جملة المكيل : كل حب ، و بزر ، وأبازير ، وجص ، ونورة ، وأشنان ، وما أشبهه . وكذلك سائر ثمر النخل ، من الرطب والبسر وغيرهما ، وسائر مافيه الزكاة من الثمار . كالزبيب ، والفستق ، والبندق ، واللوز ، والعناب ، والمشمش ، والزيتون ، والبطم ، والبلح ، وما أشبهه .

الثالثة : قال فى النهاية ، والترغيب ، والتلخيص ، والرعاية ، وغيرهم : يجوز التعامل بكيل لم يعهد .

قوله ﴿ وَأَمَّا ربا النَّسِيئَةِ : فَكُلُّ شَيْئَيْنِ لَيْسَ أَحَدُهُما ثَمَناً . عِلَّةُ ربا الفَضْلِ فِيهِمَا وَاحِدَةٌ ، كالمَكِيلِ بالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ بالمَوْزُونِ . لاَ يَجُوزُ النَّسَاءُ فِيهِمَا . وَإِنْ تفرّقَا قَبْلَ القَبْضِ بَطَلَ العَقْدُ ﴾ .

فيشترط الحلول والقبض فى المجلس فى ذلك . نص عليه . فيحرم مدُّ بُرٍّ بجنسه ، أو بشعير ونحوهما . بلا خلاف أعلمه .

فائدة : لو صرف الفلوس النافقة بذهب أو فضة : لم يجز النساء فيهما . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه . وقدمه فى المحرر . والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

ونقل ابن منصور الجواز . ويحتمله كلام المصنف هنا . واختاره ابن عقيل ، والشيخ تقى الدين . وذكره رواية .

قال فى الرعاية قلت : إن قلنا هى عروض : جاز ، وإلا فلا .

قال فى المذهب : يجوز إسلام الدراهم فى الفلوس إذا لم تكن ثمناً . ولا يجوز إذا كانت ثمناً .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ مَكِيلاً بِمَوْزُونٍ جَازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ القَبْضِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . قال أبو الخطاب ، والمصنف ، وغيرهما : جاز . رواية واحدة .

قال الزركشي : هو المعروف عند كثير من المتأخرين .

قال فى الفروع ، والخلاصة : جاز على الأصح .

وعنه : لا يجوز . ويحتمله كلام الخرقى . فإنه قال : وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد .

قال الزركشي : هو ظاهر كلام الخرقى .

قوله ﴿ وَفِي النَّسَاءِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والكافى ، والهادى ، والمغنى ، والمستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاويين ، والزركشي ، والفروع ، وشرح ابن رزين .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . صححه فى الخلاصة ، والنظم . وجزم به فى المنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى المحرر ، والفائق .

والرواية الثانية : لا يجوز . قطع به الخرقى ، وصاحب الوجيز . وصححه فى التصحيح .

وذكر جماعة من الأصحاب هاتين الروايتين فيما إذا اختلفا فى العلة ، أو كان أحدهما غير ربوى .

وأطلق فى المغنى والشرح والتلخيص فيما إذا كان أحد المبيعين غير ربوى — كالمكيل أو الموزون بالمعدود — روايتين .

قلت : ظاهر كلام أكثر الأصحاب هنا : الصحة .

قوله ﴿ وَمَا لاَ يَدْخُلُهُ رِبا الفَضْلِ — كَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ — يَجُوزُ النَّسَاءُ فِيهِمَا ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب ، سواء بيع بجنسه أو بغير جنسه ، متساوياً أو متفاضلا . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس المتقدم ، والمصنف ،

والشارح ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، والمنور . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاو يين ، والفائق ، ونهاية ابن رز ين ، ونظمها ، والخلاصة وغيرهم .

وقال القاضى : إن كان مطعوما حرم النساء ، و إن لم يكن مكيلا ولا موزونا . وهو مبنى على أن العلة الطعم .

وعنه رواية ثانية : لايجوز النساء فى كل مال بيع بآخر ، سواء كان من جنسه أولا . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى .

قال القاضى : وأبو الخطاب وغيرهما : واختاره الخرقى .

فعليها علة النساء : المالية ، وضعف المصنف هذه الرواية .

فعلى هذه الرواية : لو باع عرضا بعرض ، ومع أحدهما دراهم ، والعروض نقداً والدراهم نسيئة : جاز . و إن كان بالعكس : لم يجز ، لأنه يفضى إلى النسيئة فى العروض .

وعنه رواية ثالثة : لايجوز فى الجنس الواحد ، كالحيوان بالحيوان . ويجوز فى الجنسين ، كالثياب بالحيوان . فالجنس أحد صفتى العلة : فأثر .

وعنه رواية رابعة : يجوز النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا .

اختـاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وأطلقهن فى التلخيص ، والبلغة ، والمستوعب ، والزركشى .

فعلى المذهب ، قال بعض الأصحاب : الجنس شرط محض . فلم يؤثر ، قياساً على كل شرط ، كالإحصان مع الزنا .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا : يحرم . فإن كان مع أحدهما نقد : فإن كان وحده نسيئة جاز . و إن كان نقداً والعوضان أو أحدهما نسيئة لم يجز . نص عليه . وقاله القاضى وغيره . وجزم به فى المستوعب ، والرعاية . واقتصر عليه فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وفى الواضح رواية يحرم بأفضل من جنسه . لأنه ذريعة إلى قرض جرّ نفعا .

الثانية : قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الـكَالِىءِ بالـكَالِىء ، وَهُوَ بَيْعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ﴾ .

قال فى التلخيص : له صور .

منها : بيع مافى الذمة حالاً ــ من عروض أو أثمان ــ بثمن إلى أجل ممن هو عليه .

ومنها : جعل رأس مال السلم دينا .

ومنها : لو كان لـكل واحد من اثنين دين على صاحبه من غير جنسه ــ كالذهب والفضة ــ وتصادقا ولم يحضرا شيئاً . فإنه لايجوز ، سواء كانا حالين أو مؤجلين . نص عليه فيما إذا كانا نقدين .

واختار الشيخ تقى الدين الجواز رحمه الله .

فإن أحضر أحدهما جاز بسعر يومه . وكان العين بالدين . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وعنه لايجوز .

فعلى المذهب : لو كان مؤجلا فقد توقف أحمد عن ذلك . وذكر القاضى فيه وجهين .

أحدهما : يجوز أيضاً . اختاره المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية : الأظهر لايشترط حلوله .

والوجه الثانى : لايجوز . وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما[١] فى الفروع ، والفائق وهى من مسائل المقاصة . والمصنف ــ رحمه الله ــ لم يذكرها هنا . وقد ذكر فى كتاب الصداق ما يدل عليها فى قوله « وإن زوج عبده حرة ، ثم باعها العبد بثمن فى الذمة تحول صداقها أو نصفه ، إن كان قبل الدخول إلى ثمنه » فنذكرها فى آخر السلم والخلاف فيها كما ذكرها كثير من الأصحاب هناك .

(١) انتهى الخرم الذى فى مخطوطة المصنف عند قوله « وأطلقهما »

قوله فِي الصّرْفِ وَالسَّلَمِ ﴿ وَإِنْ قبَضَ البَعْضَ . ثُمَّ افْتَرَقَا : بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

جزم به فى الوجيز فى الصرف ، وصححه فى التصحيح .

وفى الآخر : يبطل فيما لم يقبض . وهو المذهب . لأنهما مبنيان عند الأصحاب على تفريق الصفقة . وقد علمت فيما مضى المذهب فى ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ تَصَارَفَا ثُمَّ افْتَرَقَا ، فَوَجَدَ أَحَدُهُما مَاقَبَضَهُ رَدِيئًا فَرَدَّهُ : بَطَلَ العَقْدُ فِي إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وفى الأخرى : إن قبض عوضه فى مجلس الرد لم يبطل .

اعلم أنه إذا تصارفا ووجدا ــ أو أحدهما ــ بما قبضه عيبا ، أو غصبا . فتارة يكون العقد قد وقع على عينين ، وتارة يكون فى الذمة .

فإن كان قد وقع على عينين ، فتارة يكون العيب من جنسه ، وتارة يكون من غير جنسه .

فإن كان من غير جنسه ، فتارة يكون قبل التفرق وتارة يكون بعده .

وإن كان من جنسه ، فتارة أيضاً يكون قبل التفرق وتارة يكون بعده .

وإن كان العقد قد وقع فى الذمة فتارة يكون العيب من غير جنسه وتارة يكون من جنسه .

فإن كان من غير جنسه : فتارة يكون قبل التفرق ، وتارة يكون بعده .

وإن كان من جنسه فتارة أيضا يكون قبل التفرق ، وتارة يكون بعده ، كما قلنا فيما إذا وقع العقد على عينين .

فهذه ثمان مسائل . أربعة فيما إذا وقع العقد على عينين . وأربعة فيما إذا كان فى الذمة .

وهذه الثمانية تارة تـكون المصارفة فيها من جنس واحد ، وتارة تـكون من جنسين . فهذه ستةعشر مسألة .

فإن وقع العقد على عينين من جنسين ، ولو بوزن متقدم يعلمانه ، أو إخبار صاحبه ، وكان العيب من غير جنسه . فالصحيح من المذهب : بطلان العقد ، سواء كان قبل التفرق أو بعده . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال المصنف : كقوله : بعتك هذا البغل . فإذا هو حمار .

وعنه : يصح ويقع لازماً . قال فى الرعاية : وهو بعيد .

قال الزركشى : ولا معول عليها

وعنه له رده وأخذ البدل .

وقال فى القواعد : ويحتمل أن يصح بما فى الدينار من الذهب بقسطه من البيع ويبطل فى الباقى ، وللمشترى الخيار لتبعيض المبيع عليه .

قلت : وهو قوى فى النظر .

فعلى المذهب : ظاهره سواء كان العيب كثيراً أو يسيراً . وهو كذلك .

وظاهر كلام أبى الحسين التميمى فى خصاله : إن كان العيب يسيراً من غير جنسه لايبطل العقد . وإليه ميل ابن رجب . وما هو ببعيد .

وإن وقع على عينين من جنسين ، والعيب من جنسه ـ وقلنا : النقود تتعين بالتعيين ـ فتارة يكون قبل التفرق ، وتارة يكون بعده .

فإن كان قبل التفرق فالصحيح من المذهب : صحة العقد . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والقواعد ، وغيرهما . قال فى الفروع : هذا الأشهر .

وقال فى الواضح وغيره : يبطل . وهو ظاهر نقل جعفر وابن الحكم .

فعلى المذهب : له قبوله ، وأخذ أرش العيب من غير جنس الثمن ، وهذا الصحيح . وعليه أيضاً أكثر الأصحاب . وهو فى بعض نسخ الخرقى .

وقال فى القواعد ، والزركشى ، وظاهر ماأورده أبو الخطاب فى الهداية مذهباً .
و إحدى نسخ الخرقى : لا يجوز أخذ الأرش مطلقاً .

و إن كان بعد التفرق عن مجلس العقد ، فالصحيح من المذهب : أن حكمه حكم ما لو كان قبل التفرق . على ما تقدم ، وهو ظاهر ماجزم به فى الشرح .

قال فى الفروع : هذا الأشهر .

قال الزركشى : والصواب لا فرق بين المجلس و بعده . وقيده فى الوجيز بالمجلس . وهو اختيار المصنف .

قال الزركشى : وأظنه أنه اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وفى الواضح وغيره : يبطل . وهو ظاهر نقل جعفر وابن الحكم ، كما تقدم .

فعلى المذهب : له قبوله وأخذ أرش العيب ، و يكون من غير جنس الثمن . لأنه لا يعتبر قبضه ، كبيع بر بشعير ، فيجد أحدهما عيباً . فيأخذ أرشه درهما بعد التفرق . ولا يجوز أخذه من جنس الثمن كما تقدم .

والصحيح من المذهب : له رده ، سواء ظهر على العيب فى المجلس أو بعده . ولا بدل له . لأنه يأخذ ما لم يشتره ، إلا على رواية أن النقود لا تتعين بالتعيين . قدمه فى الفروع . وهو ظاهر ما جزم به فى المحرر .

ونقل الأكثر عن أحمد : أن له رده و بدله . ولم يفرق فى العيب .

وأما إذا وقع العقد فى الذمة على جنسين ، وكان العيب من جنسه . فتارة يجده قبل التفرق ، وتارة بعده .

فإن وجده قبل التفرق فالصرف صحيح . وله المطالبة بالبدل . وله الإمساك وأخذ الأرش فى الجنسين ، على الصحيح من المذهب . قاله الزركشى[1] .

وجزم فى الوجيز بأن له المطالبة بالبدل . وجزم به فى الشرح وغيره .

و إن وجده بعد التفرق ، فالصرف أيضاً صحيح . ثم هو مخير بين الرد

(١) من أول هنا بدأ بمخطوطة المصنف خرم .

والإمساك . فإن اختار الرد . فعنه يبطل العقد . اختاره أبو بكر . وعنه : لايبطل . وله البدل فى مجلس الرد . فإن تفرقا قبله بطل العقد . وهو اختيار الخرقى ، والخلال ، والقاضى ، وأصحابه ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر . وأطلقهما المصنف هنا ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، والزركشى ، وصاحب الفروع .

قال الزركشى : وحكى رواية ثالثة أن البيع قد لزم . قال : وهى بعيدة .

فعلى الأولى : إن وجد البعض رديئاً فرده : بطل فيه . وفى البقية : روايتا تفريق الصفقة . والمصنف أطلق هنا الوجهين .

وعلى الثانية : له بدل المردود فى مجلس الرد .

وإن اختار الإمساك : فله ذلك بلا ريب ، لكن إن طلب معه الأرش . فله ذلك فى الجنسين على الروايتين .

قال الزركشى : هذا هو المحقق .

وقال أيضاً ، وقال أبو محمد ــ يعنى به المصنف ــ له الأرش على الرواية الثانية ، لا الأولى . انتهى .

وإن كان العيب من غير الجنس فيما إذا كانا جنسين . فإن كان قبل التفرق رده ، وأخذ بدله . والصرف صحيح . على الصحيح من المذهب . اختاره ابن عقيل ، والشيرازى ، والمصنف ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر كلام أبى الخطاب .

وقال صاحب المستوعب ، والشيخ تقى الدين : الصرف فاسد . وهو ظاهر كلام الخرقى .

فعلى المذهب : لو وجد العيب فى البعض ، فبعد التفرق يبطل فيه . وفى غير المعيب روايتا تفريق الصفقة ، وقبل التفرق يبدله . وإن وجده بعد التفرق فسخ العقد . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشي : هذا هو المذهب المحقق . وعليه يحمل كلام الخرقي عندى . انتهى .

وجزم به فى الفائق ، والوجيز .

وأجرى المصنف فى الكافى ، وصاحب التلخيص فيه ـ قال فى الفروع : وجماعة ـ الروايتين اللتين فيما إذا كان العيب من الجنس .

إحداهما : بطلان العقد برده .

والثانية : لايبطل ، و بدله فى مجلس الرد يقوم مقامه .

فمجرد وجود العيب من غير الجنس عندهما بعد التفرق لايبطل ، قولا واحداً . عكس المذهب .

قال الزركشي : وليس بشيء .

تنبيه : هذه الأحكام التى ذكرت : فيما إذا كانت المصارفة فى جنسين . وحكم ما إذا كانت من جنس واحد حكم ماإذا كانت من جنسين إلا فى أخذ الأرش . فإنه لايجوز أخذه من جنسه ، قولا واحداً . كما تقدم .

وقيل : يجوز . قال فى الفروع : وهو سهو .

قال المصنف ، والشارح : ولا وجه له . و يأتى ذلك قريباً .

وأما مسألة السلم التى ذكرها المصنف هنا : فيأتى حكمها فى باب السلم فى أول الفصل السادس .

فوائد

إحداها : يجوز اقتضاء نقد من آخر . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية الأثرم ، وابن منصور ، وحنبل . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . و يؤخذ ذلك من كلام المصنف فى قوله فى آخر الإجارة « و إذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير » .

وعنه : لا يصح . فعلى المذهب : يشترط أن يحضر أحدهما ، والآخر فى الذمة مستقر بسعر يومه . نص عليه . ويكون صرفاً بعين وذمة .

وهل يشترط حلوله ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، وشرح ابن رزين . وقال : توقف أحمد .

أحدهما : لا يشترط . وهو الصحيح . صححه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعاية الكبرى ، وغيرهم .

والثانى : يشترط . قال فى الوجيز : حالا .

الثانية : لو كان له عند رجل ذهب ، فقبض منه دراهم مراراً . فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار : صح . نص عليه . وإن لم يفعل ذلك ، ثم تحاسبا بعد ، فصارفه بها وقت المحاسبة : لم يجز . نص عليه . لأنه بيع دين بدين . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع : وإن كان فى ذمتيهما فاصطرفا . فنصه : لا يصح . وخالف شيخنا . انتهى .

الثالثة : متى صارفه وتقابضا : جاز له الشراء منه من جنس ما أخذ منه بلا مواطأة . على الصحيح من المذهب . وقدمه [فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه يكره فى المجلس . قدمه] فى الرعاية الكبرى . ومنعه ابن أبى موسى ، إلا أن يمضى ليصارف غيره . فلم يستقم .

ونقل الأثرم وغيره : ما يعجبنى ، إلا أن يمضى فلم يجد .

ونقل حرب وغيره : من غيره أعجب إلى

قوله ﴿ والدَّراهِمُ والدّنانِيرُ تَتَعَيَّن بالتعيين فى العَقْدِ فى أظْهَرِ الروايتين ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . حتى أن القاضى فى تعليقه أنكر ثبوت الخلاف فى ذلك فى المذهب ، والأكثرون أثبتوه .

قال الزركشى : هذا المنصوص عن أحمد فى رواية الجماعة . والمعول عليه عند الأصحاب كافة . انتهى . وعنه لا تتعين بالتعيين .

تنبيهات

أحدها : قوله « تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ فِى العَقْدِ » .

يعنى فى جميع عقود المعاوضات . صرح به صاحب التلخيص ، والقواعد ، والرعايتين ، وغيرهم . وهو واضح .

الثانى : لهذا الخلاف فوائد كثيرة . ذكر المصنف هنا بعضها .

منها — على المذهب — لايجوز إبدالها . وإن خرجت مغصوبة : بطل العقد . ويحكم بملكها للمشترى بمجرد التعيين . فيملك التصرف فيها ، وإن تلفت : فمن ضمانه . وإن وجدها معيبة من غير جنسها : بطل العقد .

وإن كان العيب من جنسها — وهو مراد المصنف هنا — : خير بين الفسخ والإمساك بلا أرش . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وإذا وقع العقد على مثلين ، كالذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . وخرج القاضى وجهاً بجواز أخذ الأرش فى المجلس .

قال المصنف : ولا وجه له .

قال فى الفروع : وهو سهو .

وإن كان العقد وقع على غير مثله ، كالدراهم والدنانير . فله أخذ الأرش فى المجلس ، وإلا فلا . وجزم به فى المغنى وغيره .

قال ابن منجا : فيجب حمل كلام المصنف هنا على ما إذا كان العقد مشتملا على الدراهم والدنانير من الطرفين . انتهى .

قال فى المحرر وغيره ، فى هذا التفريع : فإن أمسك فله الأرش ، إلا فى صرفها بجنسها [وظاهر كلام الشارح : أنه أجرى كلام المصنف فى الصرف وغيره] .

وقال المصنف هنا « و يتخرج أن يمسك و يطالب بالأرش » وهو لأبى الخطاب قال الزركشى : أطلق التخريج . فدخل فى كلامه الجنس والجنسان ، وفى المجلس و بعده . انتهى .

وعلى الرواية الثانية : له إبدالها مع عيب وغصب ، ولا يملكها المشترى إلا بقبضها . وهى قبله ملك البائع ، و إن تلفت : فمن ضمانه .

ومنها : لو باعه سلعة بنقد معين ، وتشاحا فى التسليم . فعلى المذهب : يجعل بينهما عدل يقبض منهما و يسلم إليهما .

وعلى الثانية : هو كما لو باعه بنقد فى الذمة . يعنى أنه يجبر البائع على التسليم أولا . ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن ، على ماتقدم فى كلام المصنف فى الباب قبله ، فى آخر فصل اختلاف المتبايعين محررا .

ومنها : لو باعه سلعة بنقد معين حالة العقد ، وقبضه البائع ، ثم أحضره و به عيب ، وادعى أنه الذى دفعه إليه المشترى ، وأنكر المشترى . ففيه طريقان .

وتقدم ذلك مستوفى فى الباب الذى قبله ، بعد قوله « و إن اختلفا فى العيب : هل كان عند البائع ، أو حدث عند المشترى ؟ » فليعاود .

قوله ﴿وَيَحْرُمُ الرِّبَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ ، وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ ، كَمَا يَحْرُمُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي دَارِ الإِسْلاَمِ﴾ .

يحرم الربا بين المسلمين فى دار الحرب ، ودار الإسلام ، بلا نزاع . والصحيح من المذهب : أن الربا محرم بين الحربى والمسلم مطلقاً ، وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ونص عليه الإمام أحمد .

وقال فى المستوعب ، فى باب الجهاد ، والمحرر ، والمنور ، وتجريد العناية ، و إدراك الغاية : يجوز الربا بين المسلم والحربى الذى لا أمان بينهما . ونقله الميمونى وقدمه ابن عبدوس فى تذكرته . وهو ظاهر كلام الخرقى فى دار الحرب ، حيث قال : ومن دخل إلى أرض العدو بأمان لم يخنهم فى مالهم ، ولا يعاملهم بالربا .

وأطلقهما الزركشى ، ولم يقيد هذه الرواية فى التبصرة وغيرها بعدم الأمان .

وفى الموجز رواية : لا يحرم الربا فى دار الحرب . وأقرها الشيخ تقى الدين رحمه الله على ظاهرها .

قلت : يمكن أن يفرق بين الرواية التى فى التبصرة وغيرها ، و بين الرواية التى فى الموجز، وحملها على ظاهرها ، بأن الرواية التى فى التبصرة وغيرها : لم يقيدها بعدم الأمان . فيدخل فيها لو كانوا بدارنا أو دارهم بأمان ، أو غيره .

فرواية التبصرة أعم لشمولها دار الحرب ودار الإسلام ، بأمان أو غيره . ورواية الموجز أخص ، لقصورها على دار الحرب ، وحملها على ظاهرها ، سواء كان بينهم أمان أولا . ولا يتوهم متوهم أن ظاهرها يشمل المسلم . فإن هذا بلا نزاع فيه . ومعاذ الله أن يريد ذلك الإمام أحمد رضى الله عنه .

وقال فى الانتصار : مال كافر مصالح مباح بطيب نفسه . والحربى مباح أخذه على أى وجه كان[1] .

فائدة : لا ربا بين عبد أو مدبر أو أم ولد ونحوهم ، و بين سيدهم . هذا المذهب . وقطع به الأصحاب . ونص عليه .

والتزم المجد فى موضع جريان الربا بينه و بين سيده إذا قلنا بملكه . قاله فى القواعد الأصولية .

والصحيح من المذهب : تحريم الربا بين السيد ومكاتبه ، كالأجنبى . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه لا ربا بينه و بين مكاتبه ، كعبده . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . و يستثنى من ذلك مال الكتابة . فإنه لا يجرى الربا فيه . قاله فى الوجيز ، والرعايتين . وغيرهم هناك .

فعلى المذهب : لو زاد الأجل والدين : جاز فى احتمال .

و يأتى ذلك فى أول الكتابة فى أول الفصل الثانى .

---

(١) بهامش الفوطغرافية : كذا بخط المؤلف . أعنى لعله يصح فى الموضعين.

باب بيع الأصول والثمار

قوله ﴿ وَمَنْ بَاعَ دَارًا : تنَاوَلَ البَيْعُ أَرْضَهَا وَبِنَاءَهَا ﴾ .

بلا نزاع .

وشمل قوله « أرضها » المعدن الجامد . وهو صحيح . ولايشمل المعادن الجارية . على الصحيح من المذهب .

وعنه يدخل فى المبيع . فيملكه المشترى .

و يأتى فى إحياء الموات « إذا ظهر فيما أحياه معدن جارٍ : هل يملكه أولا ؟ »

و يدخل أيضاً : الشجر والنخل المغروس فى الدار ، قولاً واحداً . عند أكثر الأصحاب . وقيل : فيه احتمالان .

فائدة : مرافق الأملاك ــ كالطرق والأفنية ، ومسيل المياه ونحوها ــ هل هى مملوكة ، أو يثبت فيها حق الاختصاص ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك . جزم به القاضى ، وابن عقيل فى إحياء الموات ، والغصب . ودل عليه نصوص الإمام أحمد . وطرد القاضى ذلك حتى فى حريم البئر . ورتب عليه : أنه لو باعه أرضا بفنائها لم يصح البيع ، لأن الفناء لا يختص به ، إذ استطراقه عام ، بخلاف مالو باعها بطريقها .

وذكر ابن عقيل احتمالا يصح البيع بالفناء . لأنه من الحقوق ، كسيل المياه .

والوجه الثانى : الملك . صرح به الأصحاب فى الطرق . وجزم به فى الكل صاحب المغنى . وأخذه من نص أحمد والخرقى على ملك حريم البئر . ذكر ذلك فى القاعدة الخامسة والثمانين .

قوله ﴿ إلاّ مَا كَانَ مِنْ مَصَالِحِهَا ، كالْمِفْتَاحِ وَحَجَرِ الرَّحَا الفَوْقَانِى فعلى وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والهادى ،

والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يدخل . وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

والوجه الثانى : يدخل . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

وقيل : يدخل فى المبيع المفتاح . ولا يدخل الحجر الفوقانى . جزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

فائدتان

إحداهما : لو باع الدار وأطلق ، ولم يقل «بحقوقها» فهل يدخل فيه ماء البئر التى فى الدار ؟ على وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والفـائق . وأصلهما : هل يملك المـاء أو لا ؟ قاله فى التلخيص .

والصحيح من المذهب : أنه لايدخل . قاله المصنف والشارح .

الثانية : لو كان فى الدار متاع ، وطالت مدة نقله ــ وقيده جماعة بفوق ثلاثة أيام . منهم : صاحب الرعاية الـكبرى ــ فهو عيب .

والصحيح من المذهب : يثبت اليد عليها . وقيل : لا .

وكذا الحـكم فى أرض بها زرع للبائع . فلو تركه له ولا ضرر فلا خيار له .

وفى الترغيب وغيره : لو قال : تركته لك ، ففى كونه تمليكا وجهان .

ولا أجرة لمدة نقله . على الصحيح من المذهب . وقيل : مع العلم . وقيل : له الأجرة مطلقاً . وأطلقهن فى الرعاية الـكبرى .

وينقله بحسب العادة . فلا يلزم ليلا ، ولا جمع الحمالين .

ويلزمه تسوية الحفر . وإن لم ينقص مشتر ببقائه . ففى إجبـارة وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الـكبرى .

قلت : الأولى أن له إجباره .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ أَرْضًا بِحُقُوقِهَا ، دَخَلَ غِرَاسُهَا وَبِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : بِحُقُوقِهَا ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والفائق ، والحاويين ، وإدراك الغاية .

أحدهما : يدخل . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس والمنور ، ومنتخب الأزجى . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى المحرر ، والهادى ، والفروع ، والرعايتين .

والوجه الثانى : لا يدخل . وللبائع تبقيته .

فوائد

الأولى : حكم الأرض إذا رهنها حكمها إذا باعها ، خلافاً ومذهباً وتفصيلا ، على ما تقدم . وصرح به فى النظم ، والفروع .

وقال فى الترغيب ، والتلخيص : هل يتبعهما فى الرهن . كالبيع ، إذا قلنا يدخل أولا ؟ فيه وجهان لضعف الرهن عن البيع ، وكذا الوصية .

الثانية : لو باعه بستاناً بحقوقه دخل البناء ، والأرض والشجر والنخل ، والكرم وعريشه الذى يحمله . وإن لم يقل « بحقوقه » ففى دخول البناء ـ غير الحائط ـ الوجهان المتقدمان حكما ومذهباً . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية : وفيما فيه من بناء غير الحيطان وجهان ، وظاهره : أنه سواء قال « بحقوقه » أولا . وهى طريقة فى المذهب .

الثالثة : لو باعه شجرة فله بيعها فى أرض البائع ، كالثمر على الشجر .

قال أبو الخطاب وغيره : ويثبت له حق الاجتياز ، وله الدخول لمصالحها .

الرابعة : لو باع قرية ، لم تدخل مزارعها إلا بذكرها .

وقال المصنف وغيره : أو قرينة . قاله فى الفروع . وهو أولى .

قلت : وهو الصواب .

الخامسة : لو كان فى القرية شجر بين بنيانها ، ولم يقل «بحقوقها» ففيه الخلاف المتقدم نقلا ومذهباً . وجزم فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير هنا بدخوله .

السادسة : لو باع شجرة . فهل يدخل منبتها فى البيع ؟ على وجهين . ذكرهما القاضى . وحكى عن ابن شاقلا : أنه لا يدخل ، وأن ظاهر كلام الإمام أحمد الدخول ، حيث قال — فيمن أقر بشجرة لرجل — هى له بأصلها .

وعلى هذا لو انقلعت . فله إعادة غيرها مكانها .

ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا . كالزرع إذا حصد ، فلا يكون له فى الأرض سوى حق الانتفاع . ذكره فى القاعدة الخامسة والثمانين .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ يُجَزُّ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى ، كَالرَّطْبَةِ وَالبُقُولِ ﴾ .

أو تكون ثمرته كالقثاء والباذنجان [فالأصول للمشترى . والجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة من القثاء ، والباذنجان] للبائع .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، والفائق . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

قال فى الرعاية الكبرى : فأصله للمشترى فى الأصح .

واختار ابن عقيل : إن كان البائع قال « بعتك هذه الأرض بحقوقها » دخل فيها ذلك . وإلا فوجهان . وهو ظاهر كلامه فى الفروع .

قال فى القاعدة الثمانين : هل هذه الأشياء كالشجر ، أو كالزرع ؟ فيه وجهان إن قلنا : كالشجر ؛ انبنى على أن الشجر : هل يدخل فى بيع الأرض مع الإطلاق أم لا ؟ وفيه وجهان . وإن قلنا : هى كالزرع ، لم يدخل فى البيع وجهاً واحداً .

وقيل : حكمها حكم الشجر فى تبعية الأرض . وهى طريقة ابن عقيل والمجد .

وقيل : يتبع ، وجهاً واحداً . بخلاف الشجر . وهى طريقة أبى الخطاب ، وصاحب المغنى .

فائدة : وكذا الحكم لو كان مما يؤخذ زهره ويبقى فى الأرض ، كالبنفسج والنرجس ، والورد ، والياسمين ، والنيلوفر ، ونحوه . فإن تفتح زهره فهو للبائع ، ومالم يتفتح فهو للمشترى . على الصحيح . ويأتى على قول ابن عقيل التفصيل .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ لاَ يُحْصَدُ إِلاَّ مَرَّةً ، كَالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ : فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، مُبَقًّي إِلَى الْحَصَادِ ﴾ .

وكذلك القطنيات ونحوها . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . قال فى المغنى : لا أعلم فيه خلافاً .

وقال فى المبهج : إن كان الزرع بدا صلاحه : لم يتبع الأرض . وإن لم يبد صلاحه . فعلى وجهين .

فإن قلنا : لا يتبع أخذ البائع بقطعه إلا أن يستأجر الأرض .

قال فى القواعد : وهو غريب جداً . مخالف لما عليه الأصحاب . انتهى .

كذا ما المقصود منه مستتر ، كالجزر والفجل والقت والثوم والبصل ، وأشباه ذلك ، وكذا القصب الفارسى . إلا أن العروق للمشترى .

فأما قصب السكر : فالصحيح من المذهب : أنه كالزرع . جزم به فى الرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقيل : هو كالقصب الفارسى . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله الجوز .

تنبيه : قوله « مبقى إلى الحصاد » يعنى بلا أجرة . ويأخذه أول وقت أخذه زاد المصنف ـ وتبعه الشارح ـ ولو كان بقاؤه خيراً له .

وقيل : يأخذه فى عادة أخذه إن لم يشترطه المشترى .

فوائد

الأولى : لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع ، أو شجراً فيه ثمر للبائع ، وظن دخوله فى البيع ، أو ادعى الجهل به ، ومثله يجهله : فله الفسخ .

الثانية : لو كان فى الأرض بذر . فإن كان أصله يبقى فى الأرض ، كالنوى و بذر الرطبة ونحوها . فحكمه حكم الشجر ، على ما تقدم .

و إن كان لا يبقى أصله ، كالزرع ونحوه . فحكمه حكم الزرع البادى . هذا المذهب . اختاره القاضى . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعند ابن عقيل لايدخل فيهما جميعاً . لأنه عين مودعة فى الأرض ، فكانت فى حكم الحجر والخشب المدفونين . وأطلقهما فى التلخيص .

قال فى الفروع ، والفائق : والبذر إن بقى أصله فكشجر . و إلا كزرع عند القاضى . وعند ابن عقيل لايدخل .

وأطلق فى عيون المسائل أن البذر لايدخل . لأنه مودع .

وقال فى المبهج : فى بذر وزرع لم يبد صلاحه ، قيل : يتبع الأرض . وقيل : لا . و يؤخذ البائع بأخذه إن لم يستأجر الأرض .

الثالثة : لو باع الأرض بما فيها من البذر . ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يصح . اختاره القاضى فى المجرد .

قلت : وهو الصواب . لأنه دخل تبعاً .

والثانى : لا يصح مطلقاً .

والثالث : إن ذكر قدره ووصفه : صح . و إلا فلا . وهو احتمال لابن عقيل . وأطلقهن فى الفروع .

قوله ﴿ وَمَنْ بَاعَ نَخلاً مُؤَبَّرًا وَهُوَ مَا تَشَقَّقَ طَلْعُهُ ﴾ .

التأبير : هو التلقيح . وهو وضع الذكر فى الأنثى . والمصنف ـ رحمه الله ـ فسره بالتشقق . لأن الحكم عنده منوط به وإن لم يلقح . لصيرورته فى حكم عين أخرى . وعلى هذا إنما نيط الحكم بالتأبير فى الحديث لملازمته للتشقق غالباً .

إذا علمت هذا ، فالذى قاله المصنف : هو المذهب . وعليه الأصحاب .

وجزم به الخرقى ، وصاحب المحرر ، والوجيز ، وغيره . وقدمه فى الشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم .

وبالغ المصنف . فقال : لا خلاف فيه بين العلماء .

وعنه : رواية ثانية : الحكم منوط بالتأبير ـ وهو التلقيح ـ لا بالتشقق . ذكرها ابن أبى موسى وغيره .

فعليهـا : لو تشقق ولم يؤبر : يكون للمشترى . ونصر هذه الرواية الشيخ تقى الدين رحمه الله . واختارها فى الفائق . وقال : قلت : وعلى قياسه كل مفتقر إلى صنع كثير لا يكون ظهوره الفصل ، بل إيقاع الفعل فيه . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية الكبرى .

فتلخص : أن ما لم يكن تشقق طلعه : فغير مؤبّر . وما تشقق ولقح : فمؤبّر ، وما تشقق ولم يلقح : فمحل الروايتين .

فائدة « طلع الفُحَّال » يراد للتلقيح ، كطلع الإناث . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

وذكر ابن عقيل ، وأبو الخطاب احتمالا : أنه للبائع بكل حال .

قوله ﴿ فَالتَّمْرُ لِلْبَائِعِ ، مَتْرُوكًا فِي رُؤُوسِ النَّخْلِ إِلَى الجِذَاذِ ﴾ .

وهذا إذا لم يشترط عليه قطعه .

فائدة : حكم سائر العقود فى ذلك كالبيع فى أن ما لم يؤبر : يلحق بأصله ، وما

أبر : لايلحق . وذلك مثل الصلح ، والصداق ، وعوض الخلع ، والأجرة ، والهبة ، والرهن ، والشفعة ، إلا أن فى الأخذ بالشفعة وجهاً آخر : أنه يتبع فيه المؤبر ، إذا كان فى حالة البيع غير مؤبر . وأما الفسوخ : ففيها ثلاثة أوجه .

أحدها : يتبع الطلع مطلقا ، بناء على أنه زيادة متصلة ، أو على أن الفسخ رفع للعقد من أصله .

والثانى : لايتبع بحال ، بناء على أنه زيادة منفصلة و إن لم يؤبر .

والثالث : أنه كالعقود المتقدمة .

هذا كله على القول بأن النماء المنفصل لا يتبع فى الفسوخ .

أما على القول بأنه يتبع : فيتبع الطلع مطلقا . وأطلقهن فى القواعد . وصرح فى الكافى بالثالث . وصرح فى المغنى بالثانى . وقاله ابن عقيل فى الإفلاس ، والرجوع فى الهبة .

وأما الوصية والوقف ، فالمنصوص : أنه تدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت ، سواء أبرت أو لم تؤبر .

تنبيه : محل قوله « متروكا فى رءوس النخل إلى الجذاذ » إذا لم تجر العادة بأخذه بُسراً ، أو يكون بسره خيراً من رطبه . فإن كان كذلك : فإنه يجذه حين استحكام حلاوة بسره . قاله الزركشى وغيره .

وظاهر كلام المصنف وغيره : أنها تبقى إلى وقت الجذاذ . ولو أصابتها آفة ، بحيث إنه لا يبقى فى بقائها فائدة ولا زيادة .

وهذا أحد الاحتمالين ، والآخر : يقطع فى الحال .

قلت : وهو الصواب .

وظاهر كلامه وكلام غيره : أنهـا لا تقطع قبل الجذاذ ، ولو تضرر الأصل بذلك ضرراً كبيراً . وهو أحد الوجهين .

والوجه الثانى : يجبر على قطعها ، والحالة هذه . وأطلقهما الزركشى .

قوله ﴿ وكَذَلِكَ الشَّجَرُ إذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ بَادٍ ، كَالعِنَبِ وَالتِّينِ وَالرُّمَّانِ وَالْجَوْزِ ﴾ .

يعنى : يكون للبائع متروكا فى شجره إلى استوائه ، مالم يظهر للمشترى .

واعلم أنه إذا كان ما يحمل الشجر يظهر بارزاً لا قشر عليه ــ كالعنب والتين والتوت والجميز والليمون والأترنج ــ ونحوه . أو كان عليه قشر يبقى فيه إلى أكله ، كالرمان والموز ونحوهما . أو له قشران ، كالجوز واللوز ونحوهما : فالصحيح من المذهب فى ذلك كله : أنه يكون للبائع بمجرد ظهوره . وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

وقال القاضى : ماله قشران لا يكون للبائع ، إلا بتشقق قشره الأعلى . وصححه فى التلخيص . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين . وجزم به فى عيون المسائل فى الجوز ، واللوز . وقال : لايلزم الموز ، والرمان ، والحنطة فى سنبلها . والباقلاء فى قشره لايتبع الأصل . لأنه لا غاية لظهوره . وردَّ ماقاله القاضى ومن تابعه المصنف ، والشارح . وأطلقهما فى الفائق .

وقال فى المبهج : الاعتبار بانعقاد لبِّه . فإن لم ينعقد : تبع أصله ، وإلا فلا .

قوله ﴿ وَمَا ظَهَرَ مِنْ نَوْرِهِ ــ كَالمِشْمِشِ ، وَالتُّفَّاحِ ، وَالسَّفَرْجَلِ ــ لِلْبَائِعِ وَمَا لَمْ يَظْهَرْ لِلْمُشْتَرِى ﴾ .

أناط المصنف ــ رحمه الله ــ الحكم بالظهور من النور . فظاهره : سواء تناثر أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر كلام الخرقى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، واختاره .

قال فى القواعد الفقهية : وهو أصح .

وقيل : إن تناثر نوره : فهو للبائع . وإلا فلا . وجزم به القاضى فى خلافه .

لأن ظهور ثمره يتوقف على تناثر نوره . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .
وأطلقهما فى الحاوى الكبير ، والفائق .

وقيل : يكون للبائع بمجرد ظهور النور . ذكره القاضى احتمالا ، جعلاً للنور كما فى الطلع .

فائدة : قوله ﴿ وَمَا خَرَجَ مِنْ أَكْمَامِهِ كالْوَرْدِ ، وَالْقُطْنِ : لِلبَائِعِ ﴾ .

بلا نزاع . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . وكذا الياسمين ، والبنفسج ، والنرجس ، ونحوه .

وقال الأصحاب : القطن كالطلع ، وألحقوا به هذه الزهور .

قال فى القواعد الفقهية : وفيه نظر . فإن هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها ، كقشر الرمان . فظهوره ظهور الثمرة . بخلاف الطلع . فإنه وعاء للثمرة

وكلام الخرقى يدل عليه ، حيث قال : وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر بادٍ ، و بدو الورد ونحوه : ظهوره من شجره ، و إنما كان منظما . انتهى .

قوله ﴿ وَالوَرَقُ لِلْمُشْتَرِي بِكُلِّ حَالٍ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا . وعليه الأصحاب .

و يحتمل فى ورق التوت المقصود أخذه إن تفتح فهو للبائع . و إن كان حباً : فهو للمشترى ، وهو وجه . وأطلقهما فى التلخيص ، والحاوى الكبير .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ بَعْضُ الثَّمَرَةِ : فَهُوَ لِلْبَائِعِ . وَمَا لَمْ يَظْهَرْ : فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ﴾ .

وكذلك ما أبر بعضه . هذا المذهب وإن كان نوعاً واحداً . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والفائق وابن منجا ــ وقال : هذا المذهب ــ وغيرهم .

قال فى الحاوى الكبير وغيره : المنقول عن أحمد فى النخل : أن ما أبر للبائع

ومالم يؤبر للمشترى . وكذلك يخرج فى الورد ونحوه . وكذا قال فى الحاوى الصغير والرعايتين ، والوجيز ، والهادى ، وغيرهم .

وقال ابن حامد : الكل للبائع . وهو رواية فى الانتصار . واختاره غير ابن حامد ، كشجرة .

وقال فى الواضح ـ فيما لم يبد من شجره ـ : للمشترى . وذكره أبو الخطاب ظاهر كلام أبى بكر .

ولو أبر بعضه فباع مالم يؤبر وحده . فهو للمشترى . وقدمه فى الرعاية الكبرى [والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين] .

وقيل : للبائع . وأطلقهما فى الفروع .

فائدة : يقبل قول البائع فى بدو الثمرة . بلا نزاع .

وقال فى الفروع ، ويتوجه وجه من واهب ادعى شرط ثواب .

وأما إن كان جنسا : فلم يفرق أبو الخطاب بينه و بين النوع . وهو وجه . وقدمه فى التبصرة .

والصحيح من المذهب : الفرق بين الجنس والنوع . قدمه فى الفروع .

ورد المصنف ، والشارح الأول . وقالا : الأشبه الفرق بين النوع والنوعين .

فما أبر من نوع ، أو ظهر بعض ثمره : لايتبعه النوع الآخر .

قال الزركشى : هذا أشهر القولين .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى قوله ﴿ وَإِنْ احْتَاجَ الزَّرْعُ أَوِ الثَّمَرَةُ إِلَى سَقْيٍ لَمْ يَلْزَمِ الْمُشْتَرِى . وَلَمْ يَمْلِكْ مَنْعَ الْبَائِعِ مِنْهُ ﴾ .

أنه لايسقيه إلا عند الحاجة ، وهو أحد الوجهين . وهو ظاهر كلام الشارح ، والزركشى . وغيرهما .

والوجه الثاني : له سقيه ، للمصلحة ، سواء كان ثَمّ حاجة أولا ، ولو تضرر الأصل ، وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

وكذا الحكم لو احتاجت الأرض إلى سقى .

فائدة : حيث حكمنا أن الثمر للبائع ، فإنه يأخذه أول وقت أخذه بحسب العادة على الصحيح من المذهب زاد المصنف . ولو كان بقاؤه خيراً له .

وقيل : يؤخره إلى وقت أخذه فى العادة إن لم يشترطه المشترى .

وقيل : يلزمه قطع الثمرة لتضرر الأصل . زاد المصنف والشارح : تضرراً كثيراً ، وأطلقاهما . وتقدم معناه عند قوله « يبقى إلى الحصاد » .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا . وَلاَ الزَّرْعِ قَبْلَ اشْتِدَادِ حَبِّهِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة إلا بشرط القطع فى الحال . نص عليه . لكن يشترط أن يكون منتفعاً به فى الحال . قاله فى الرعاية ، والشيخ تقى الدين فى تعليقه على المحرر .

قلت : وهو مراد غيرهما .

وقد دخل فى كلام الأصحاب فى شروط البيع ، حيث اشترطوا : أن يكون فيه منفعة مباحة .

فوائد

الأولى : يستثنى من عموم كلام المصنف من عدم الجواز: لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بأصلها . فإنه يصح . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وحكاه المصنف ، والشارح ، والزركشى : إجماعاً . لأنه دخل تبعاً .

وقيل : لايجوز . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وجماعة . وأطلقهما فى المحرر

ويستثنى أيضاً : لو باع الأرض بما فيها من زرع قبل اشتداد حبه . فإنه يصح جزم به فى المحرر ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والحاوى الكبير ، والمغنى ، والشرح . وصححه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايصح . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

الثانية : يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الشجر . جزم به فى الرعاية الصغرى . واختاره فى الحاوى الكبير . وصححه فى المستوعب ، والتلخيص ، والحاوى الصغير ، والرعاية الكبرى .

وفيه وجه آخر : لا يصح . وهو ظاهر كلام المصنف ، والخرقى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر والفروع والفائق ، والزركشى .

فعلى الوجه الثانى : لو شرط القطع : صح . قال المصنف : ولا يلزم الوفاء بالشرط . لأن الأصل له .

قال الزركشى ، ومقتضى هذا : أن اشتراط القطع حق للآدمى . وفيه نظر ، بل هو حق لله تعالى .

ويجوز بيع الزرع قبل اشتداده لمالك الأرض . جزم به فى تذكرة ابن عبدوس ، والحاوى الكبير . واختاره أبو الخطاب . وصححه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه آخر : لا يصح . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام المصنف . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

الثالثة : لو باع بعض مالم يبد صلاحه مشاعاً : لم يصح ، ولو شرط القطع . قاله الأصحاب .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَالْحَصَادُ وَاللِّقَاطُ عَلَى المشْتَرِى ﴾ .

بلا نزاع . وكذا الجذاذ . لكن لو شرطه على البائع : صح . على الصحيح من المذهب ، نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . منهم أبو بكر ، وابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه ، وغيرهم . وجزم به فى الشرح وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال الخرقى : لا يصح . وجزم به فى الحاوى الكبير فى هذا الباب . وهو الذى أورده ابن أبى موسى مذهباً . وقدمه فى القاعدة الثالثة والسبعين .

قال القاضي : لم أجد بقول الخرقي رواية .

قال في الروضة : ليس له وجه .

قال في القاعدة المتقدمة : وقد استشكل مسألة الخرقي أكثر المتأخرين .

وتقدم ذلك مستوفى في باب الشروط في البيع . فليراجع .

قوله ﴿ فإنْ بَاعَهُ مُطْلَقًا : لَمْ يَصِح ﴾ .

يعني : إذا باعه ولم يشترط القطع ولا التبقية وإنما أطلق : لم يصح . وهذا المذهب مطلقا . وعليه جماهير الأصحاب . جزم به في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، وأكثر الأصحاب .

قال الزركشي : جزم به الشيخان ، والأكثرون .

وعنه يصح إن قصد القطع . ويلزم به في الحال . نص عليه في رواية عبد الله .

وقدم في الروضة : أن إطلاقه كشرط القطع .

وحكى الشيرازي رواية بالصحة من غير قصد القطع .

وما حكاه في المستوعب والحاوي الكبير عن ابن عقيل في التذكرة ـ أنه ذكر في هذه المسألة أربع روايات ـ : ليس بسديد . إنما حكى ذلك على مااقتضاه لفظه فيما إذا شرط القطع ثم تركه .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الرَّطْبَةِ وَالبُقُولِ إلاَّ بِشَرْطِ جَزِّهِ ﴾ .

حكم بيع الرطبة والبقول : حكم الثمر والزرع . فلا يباع قبل بدوّ صلاحه إلا مع أصله أو لربه ، أو مع أرضه . كما تقدم . خلافا ومذهبا ، ولا يباع مفردا بعد بدوّ صلاحه إلا جزة جزة بشرطه .

قوله ﴿ وَلاَ القِثَّاءِ وَنَحْوُهُ إلاَّ لَقْطَةً لَقْطَةَ ، إلاَّ أَنْ يَبِيعَ أَصْلَه ﴾ .

إنْ بَاعَهُ بِأصله صح ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال في التلخيص : ويحتمل عندي عدم جواز بيع البطيخ ونحوه مع أصله ، إلا أن يبيعه مع أرضه .

قال فى القاعدة الثمانين : ورجح صاحب التلخيص : أن المقاثى ونحوها لايجوز بيعها إلا بشرط القطع . وهو مقتضى كلام الخرقى ، وابن أبى موسى . انتهى .

و إن باعه فى غير أصله . فإن لم يبد صلاحه [لم يصح] إلا بشرط قطعه فى الحال إن كان ينتفع به ، و إن بدا صلاحه : لم يجز بيعه إلا لقطة لقطة .

قال فى الفروع : ولايباع قثاء ونحوه إلا لقطة لقطة . نص عليه ، إلا مع أصله ذكره فى كتاب البيع فى الشرط الخامس .

وقال هنا : وما له أصل يتكرر حمله . كقثاء وكالشجر وثمره : كثمرة فيما تقدم . ذكره جماعة ، لكن لا يأخذ البائع اللقطة الظاهرة . ذكره فى الترغيب وغيره ، و إن تعيب فالفسخ أو الارش .

وقيل : لا يباع إلا لقطة لقطة ، كثمر لم يبد صلاحه . ذكره شيخنا . انتهى .

وقيل : لا يباع بطيخ قبل نضجه ، ولا قثاء وخيار قبل أوان أخذه عرفا إلا بشرط قطعه فى الحال .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز بيع اللقطة الموجودة والمعدومة إلى أن تيبس المقتاة .

وقال أيضاً : يجوز بيع المقاثى دون أصولها . وقال : قاله كثير من الأصحاب لقصد الظاهر غالباً .

فائدة : القطن إن كان له أصل يبقى فى الأرض أعواما ، كقطن الحجاز : فحكمه حكم الشجر فى جواز إفراده بالبيع . و إذا بيعت الأرض بحقوقها دخل فى البيع . وثمره كالطلع . إن تفتح فهو للبائع ، و إلا فهو للمشترى ، و إن كان يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع .

ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقو ما فيه : لم يصح بيعه إلا بشرط القطع . كالزرع الأخضر ، و إن قوى حبه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية . كالزرع إذا اشتد حبه .

وإذا بيعت الأرض لم يدخل فى البيع إلا بشرطه .

والباذنجان الذى تبقى أصوله وتتكرر ثمرته كالشجر . وما يتكرر زرعه كل عام كالزرع .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ . ثُمَّ تَرَكَهُ حَتَّى بَدَا صَلَاحُ الثَّمَرَةِ ، وَطَالَتِ الْجِزَّةُ ، وَحَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أُخْرَى . فَلَمْ تَتَمَيَّزْ ، أَوِ اشْتَرَى ثَمَرَتَه لِيَأْكُلَهَا رُطَباً فَأَثْمَرَتْ : بَطَلَ الْبَيْعُ ﴾ .

شمل كلامه قسمين .

أحدهما : إذا حدثت ثمرة أخرى قبل القطع ، ولم تتميز من المبيع .

الثانى : ما عدا ذلك .

فإن كان ما عدا حدوث ثمرة أخرى . فالصحيح من المذهب : بطلان البيع كما قال المصنف : وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه .

قال فى الفروع : فسد العقد فى ظاهر المذهب .

قال فى القواعد الفقهية : هذه أشهر الروايات .

قال القاضى : هذه أصح .

قال الزركشى : هذا المذهب المنصوص ، والمختار للأصحاب . وصححه فى التصحيح ، والخلاصة . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجى وغيرهم . واختاره الخرقي وأبو بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى وأصحابه ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى ، والهادى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وقال : اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وهو من مفردات المذهب .

فعليها : الأصل والزيادة للبائع . قطع به أكثر الأصحاب . واختاره ابن أبى موسى ، والقاضى ، وغيرهما . ونقلها أبو طالب وغيره عن الإمام أحمد رحمه الله وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : الزيادة للبائع والمشترى . فتقوم الثمرة وقت العقد وبعد الزيادة .

وهذه الرواية ذكرها فى الكافى ، والفروع وغيرها .

وحكى ابن الزاغونى ، والمصنف وغيرهما رواية : أن البائع يتصدق بالزيادة على القول بالبطلان .

قال فى التلخيص : وعنه يبطل البيع . ويتصدق بالزيادة استحبابا . لاختلاف الفقهاء . انتهى .

وحكى القاضى رواية : يتصدقان بها .

قال المجد : وهو سهو من القاضى ، وإنما ذلك على الصحة . فأما مع الفساد : فلا وجه لهذا القول . انتهى .

وعنه : رواية ثانية فى أصل المسألة : لايبطل البيع ، ويشتركان فى الزيادة .

قال فى الحاويين : وهو الأقوى عندى . واختاره أبو جعفر البرمكى .

وقال القاضى : الزيادة للمشترى . وجزم به فى كتابه الروايتين .

قال فى الحاوى : كما لو أخره لمرض .

ورده فى القواعد . وقال : هو مخالف نصوص أحمد ، ثم قال : لو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لكان أقرب .

قال المجد : يحتمل عندى أن يقال : إن زيادة الثمرة فى صفتها للمشترى ، وما طال من الجزة للبائع . انتهى . وعنه يتصدقان بها .

قال فى الفروع : وعنه يتصدقان بهما على الروايتين وجوبا . وقيل : ندباً . وكذلك قال فى الرعاية .

فاختار القاضى : أنه على سبيل الاستحباب ، وإليه ميل المصنف ، والشارح . وتقدم كلامه فى التلخيص .

وقال ابن الزاغونى : على القول بالصحة ، لاتدخل الزيادة فى ملك واحد منهما ، ويتصدق بها المشترى .

وعنه : الزيادة كلها للبائع . نقلها القاضى فى خلافه فى مسألة زرع الغاصب .
ونص أحمد فى رواية ابن منصور — فيمن اشترى قصيلا وتركه حتى سنبل — يكون للمشترى منه بقدر ما اشترى يوم اشترى . فإن كان فيه فضل : كان للبائع صاحب الأرض .

وعنه يبطل البيع إن أخره بلا عذر . وعنه : يبطل بقصد حيلة . ذكرها جماعة . منهم ابن عقيل فى التذكرة ، والفخر فى التلخيص .

قال بعض الأصحاب : متى تعمد الحيلة فسد البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف .

ووجه فى الفروع فيما إذا باعه عرية فأثمرت : إن ساوى الثمر المشترى به : صح وقال فى الفائق : والمختار ثبوت الخيار للبائع ليفسخ . وعنه إذا ترك الرطبة حتى طالت : لم يبطل المبيع . ذكره الزركشى .

تنبيه : صرح المصنف : أن حكم العرية إذا تركها حتى أثمرت حكم الثمرة إذا تركها حتى بدا صلاحها . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى .

وقطع بعض الأصحاب بالبطلان فى العرايا . وحكى الخلاف فى غيرها . منهم الحلوانى وابنه . وفرقوا بينهما .

فائدتان

الأولى : للقول بالبطلان مأخذان .

أحدهما : أن تأخيره محرم لحق الله فالبيع باطل كتأخير القبض فى الربويات، ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة و بيعها قبل بدوّ صلاحها . وهو محرم . ووسائل المحرم ممنوعة .

المأخذ الثانى : أن مال المشترى اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لايتميز منه . فبطل به البيع ، كما لو تلف .

فعلى الأول : لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد ، والخرقى . و يكون تأخيره إلى ماقبل ذلك جائزاً .

ولو كان المشترَى رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندبا ، أو صوفا على ظهر فتركها حتى طالت : لم ينفسخ البيع . لأنه لانهى فى بيع هذه الأشياء . وهذه هى طريقة القاضى فى المجرد .

وعلى الثانى : يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين ، إلا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة . كاليوم واليومين . ولافرق بين الثمر ، والزرع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوف . وهى طريقة أبى بكر، والقاضى فى خلافه ، والمصنف وغيرهم . ومتى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشترى . وهو مصرح به فى المجرد ، والمغنى وغيرهما .

وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بغير إشكال . وأما على الأول : فيحتمل أن تكون على المشترى . لأن ملكه إنما ينفسخ بعد بدوّ الصلاح . ويحتمل أن يكون على البائع . ولم يذكر الأصحاب خلافه . لأن الفسخ ببدوّ الصلاح استند إلى سبب سابق عليه . وهو تأخير القطع . قال ذلك فى القواعد . وقال : وقد يقال ببدو الصلاح يتبين انفساخ العقد من حين التأخير . انتهى .

الثانية : تقدم : هل تكون الزكاة على البائع أو على المشترى ؟ إذا قلنا : بالبطلان . وحيث قلنا بالصحة . فإن اتفقا على التبقية جاز . وزكاه المشترى ، وإن قلنا : الزيادة لهما فعليهما الزكاة إن بلغ نصيب كل واحد منهما نصابا ، وإلا انبنى على الخلطة فى غير الماشية على ماتقدم .

تنبيه : وأما إذا حدثت ثمرة ولم تتميز . فقطع المصنف هنا : أن حكمها حكم المسائل الأولى ، وهو رواية عن أحمد . ذكرها أبو الخطاب . وجزم به فى الوجيز ، والرعايتين ، والحاويين ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والهادى ، وغيرهم . وهو احتمال فى الكافى .

والصحيح من المذهب : أن حكمه حكم المبيع الذى اختلط بغيره . فهما شريكان فيهما ، كل واحد بقدر ثمرته . فإن لم يعلما قدرها اصطلحا . ولا يبطل العقد فى ظاهر المذهب . قاله المصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الفروع [والفائق] وغيرهم .

قال الزركشى : وهو الصواب . وقدمه فى الكافى وغيره . واختاره ابن عقيل وغيره .

قال القاضى : إن كانت الثمرة للبائع فحدثت أخرى ، قيل لكل منهما : اسمح بنصيبك . فإن فعل أجبر الآخر على القبول ، وإلا فسخ العقد . وإن اشترى ثمرة فحدثت أخرى : وقيل للبائع ذلك لاغير . انتهى .

فائدة : لو اشترى خشبا بشرط القطع . فأخر قطعه فزاد ، فالبيع لازم ، والزيادة للبائع . قدمه فى الفائق . فقال لو اشترى خشبا ليقطعه فتركه ، فنما وغلظ . فالزيادة لصاحب الأرض . نص عليه . واختاره البرمكى . انتهى .

قال فى الفروع : ونقل ابن منصور الزيادة لهما ، واختاره البرمكى . وقاله فى القواعد أيضاً .

فاختلف النقل عن البرمكى فى الزيادة .

وقيل : البيع لازم ، والكل للمشترى . وعليه الأجرة . اختاره ابن بطة .

وقيل : ينفسخ العقد ، والكل للبائع .

قال الجوزى : ينفسخ العقد . قال فى الفائق ـ بعد قول الجوزى ـ قلت : ويتخرج الاشتراك . فوافق المنصوص .

وقال فى الفروع : وإن أخر قطع خشب مع شرطه فزاد . فقيل : الزيادة للبائع . وقيل : للكل . وقيل : للمشترى ، وعليه الأجرة .

ونقل ابن منصور : الزيادة لهما . اختاره البرمكى . انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا بَدَا الصَّلَاحُ فِي الثَّمَرَةِ وَاشْتَدَّ الحَبُّ : جَازَ بَيْعُهُ مُطْلَقًا وَيَشْتَرِطُ التَّبْقِيَةُ ﴾ .

وكذا قال كثير من الأصحاب .

وقال فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم : وإذا طاب أكل الثمر . وظهر نضجه جاز بيعه .

وفى الترغيب : بظهور مبادىء الحلاوة .

فائدة : يجوز لمشتريه أن يبيعه قبل جده ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . لأنه وجد من القبض مايمكن . فكفى ، للحاجة المبيحة لبيع الثمر قبل بدو صلاحه .

وعنه لا يجوز بيعه حتى يجده . اختاره أبو بكر . وأطلقهما فى المحرر ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ بِجَائِحَةٍ مِنَ السَّماءِ : رَجَعَ عَلَى البَائِعِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وسواء أتلفت قدر الثلث أو أكثر أو أقل ، إلا أنه يتسامح فى الشيء اليسير الذى لاينضبط . نص عليه .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هذا اختيار جمهور الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

وعنه إن أتلفت الثلث فصاعداً ، ضمنه البائع . وإلا فلا . اختاره الخلال وجزم به فى الروضة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والحاوى الكبير ، وغيرهم .

وعنه : لاجائحة فى غير النخل . نص عليه فى رواية حنبل . ذكره فى الفائق.

واختار الزركشي فى شرحه إسقاط الجوائح مجاناً . وحمل أحاديثها على أنهم كانوا يبيعونها قبل بدو صلاحها .

تنبيهات

أحدها : قيد ابن عقيل ، وصاحب التلخيص ، وجماعة ، الروايتين بما بعد التخلية . وظاهره : أن قبل التخلية يكون من ضمان البائع ، قولاً واحداً . قاله الزركشي .

وجزم فى الفروع : أن محل الجائحة بعد قبض المشترى وتسليمه . وهو موافق الأول . وقطع به فى الرعايتين ، والحاويين . والظاهر : أنه مراد من أطلق . لأنه قبل التخلية ماحصل قبض .

الثانى : أفادنا المصنف بقوله « رجع على البائع » صحة البيع . وهو المذهب وعليه الأصحاب . إلا صاحب النهاية . فإنه أبطل العقد . كما لو تلف الكل .

الثالث : على الرواية الثانية ــ وهى التى قلنا فيها : لا يضمن إلا إذا أتلفت الثلث فصاعداً ــ قيل : يعتبر ثلث الثمرة . وهو الصحيح . قدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين .

وقيل : يعتبر قدر الثلث بالقيمة . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية . وأطلقهما الزركشي ، والفائق .

وقيل : يعتبر قدر الثلث بالثمن . وأطلقهن فى الفروع .

الرابع : على المذهب : يوضع من الثمرة بقدر التالف . نقله أبو الخطاب ، وجزم به فى الفروع .

الخامس : لو تعيبت بذلك . ولم تتلف : خُيِّرَ المشترى بين الإمضاء والأرش ، و بين الرد وأخذ الثمن كاملاً . قاله الزركشي وغيره .

فائدة : تختص الجائحة بالثمن . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وكذا ماله أصل يتكرر حمله ، كقثاء ، وخيار ، و باذنجان ، ونحوها . قاله جماعة . وقدمه فى الفروع ، وتقدم لفظه .

وقال فى القاعدة الثمانين : لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلفت بجائحة قبل القطع . فإن قلنا : حكمها حكم ثمن الشجر فمن مال البائع .

و إن قيل : هى كالزرع خرجت على الوجهين فى جائحة الزرع .

وقال القاضى : من شرط الثمن الذى تثبت فيه الجائحة : أن يكون مما يستبقى بعد بدو صلاحه إلى وقت ـ كالنخل ، والكرم ، وما أشبهها ـ و إن كان مما لاتستبقى ثمرته بعد بدو صلاحه ـ كالتين ، والخوخ ، ونحوهما ـ فلا جائحة فيه .

قال بعض الأصحاب : وهذا أليق بالمذهب .

وعنه لا جائحة فى غير النخل . نص عليه فى رواية حنبل . كما تقدم . وتقدم اختيار الزركشى .

وقال فى الكافى ، والمحرر : وتثبت أيضاً فى الزرع .

وذكر القاضى : فيه احتمالين . ذكره الزركشى .

وقال فى عيون المسائل : إذا تلفت الباقلا . أو الحنطة فى سنبلها . فلنا وجهان . الأقوى : يرجع بذلك على البائع .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : ثبوت الجائحة فى زرع مستأجر وحانوت نقص نفعه عن العادة . وحكم به أبو الفضل بن حمزة فى حمام .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : قياس نصوصه وأصوله : إذا تعطل نفع الأرض بآفة : انفسخت الإجارة فيما بقى . كانهدام الدار . وأنه لا جائحة فيما تلف من زرعه . لأن المؤجر لم يبعه إياه . ولا ينازع فى هذا من فهمه .

تنبيهان

أحدهما : قوله « بجائحة من السماء » ضابطها : أن لا يكون فيها صنع

لآدمى ـ كالريح ، والمطر ، والثلج ، والبرد ، والجليد ، والصاعقة ، والحر ، والعطش ، ونحوها ـ وكذا الجراد . جزم به الأصحاب .

الثانى : يستثنى من عموم كلام المصنف : لو اشترى الثمرة مع أصلها . فإنه لاجائحة فيها إذا تلفت . قاله الأصحاب .

ويستثنى أيضاً : ماإذا أخر أخذها عن وقته المعتاد . فإنه لا يضمنها البائع . والحالة هذه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال القاضى : ظاهر كلام الإمام أحمد : وضعها عمن أخر الأخذ عن وقته . واختاره . وفيه وجه ثالث . يفرق بين حالة العذر وغيره .

فائدة : لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع . ثم تلفت بجائحة . فتارة يتمكن من قطعها قبل تلفها . وتارة لايتمكن فإن تمكن من قطعها ولم يقطعها حتى تلفت فلا ضمان على البائع . قاله القاضى فى المجرد ، والمجد ، وهو احتمال فى التعليق . وقدمه الزركشى .

قال فى القواعد الفقهية : وهو مصرح به فى المغنى .

وذكره الشارح عن القاضى ، واقتصر عليه .

وقال القاضى فى التعليق : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه من ضمان البائع ، اعتماداً على إطلاقه . ونظراً إلى أن القبض لم يحصل .

قال فى الحاوى : يقوى عندى وجوب الضمان على البائع هنا . قولاً واحداً . لأن ماشرط فيه القطع . فقبضه : يكون بالقطع والنقل . فإذا تلف قبله يكون كتلف المبيع قبل القبض . انتهى .

وأما إذا لم يتمكن من قطعها حتى تلفت : فإنها من ضمان البائع . قولا واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَهُ آدَمِيٌّ : خُيِّرَ الْمُشْتَرِى بَيْنَ الفَسْخِ وَالإِمْضَاءِ وَمُطَالَبَةِ الْمُتْلِفِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . واختاره القاضى ، وغيره . فهو كإتلاف المبيع المكيل أو الموزون قبل قبضه ، على ماتقدم .

لكن جزم فى الروضة هنا : أنه من مال المشترى . واختاره أبو الخطاب فى الانتصار .

قال الزركشى : قال ناظم نهاية ابن رزين : وهو القياس .

وقيل : إن كان تلفه بعسكر أو لصوص ، فحكمه حكم الجائحة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قوله ﴿ وَصَلَاحُ بَعْضِ ثَمَرِ الشَّجَرَةِ صَلَاحٌ لِجَمِيعِهَا ﴾ .

بلا نزاع أعلمه . وهو أن يبدو الصلاح فى بعضه ، على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . واختاره ابن أبى موسى ، وأبو الخطاب وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

ونقل حنبل إذا غلب الصلاح . وجزم به فى المحرر فى النوع . وقاله القاضى ، وأبو حكيم النهروانى وغيرهم فيما إذا غلب الصلاح فى شجرة .

قال فى الرعاية ، والحاوى : إذا بدا الصلاح فى بعض النوع جاز بيع [بعض] ذلك النوع فى إحدى الروايتين . وإن غلب جاز بيع الكل . نص عليه .

قوله ﴿ وَهَلْ يَكُونُ صَلَاحًا لِسَائِرِ النَّوْعِ الَّذِى فِى الْبُسْتَانِ ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى التلخيص والهداية . والمذهب والمستوعب ، والحاوى الكبير . والزركشى .

إحداهما : يكون صلاحا لسائر النوع الذى فى البستان . وهو المذهب . نص

عليه ، وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز وغيره .

قال الزركشى : هذا اختيار الأكثرين . وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : أظهرهما يكون صلاحا . واختاره ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى وأصحابه وغيرهم .

والرواية الثانية : لا يكون صلاحا له . فلا يباع إلا ما بدا صلاحه .

قال الزركشى : هى أشهرهما . واختاره أبو بكر فى الشافى ، وابن شاقلا فى تعليقه .

تنبيهات

أحدها : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يكون صلاحا للجنس من ذلك البستان . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم ، وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : اختاره الأكثرون .

وقال أبو الخطاب : يكون صلاحا لما فى البستان من ذلك الجنس . فيصح بيعه . قاله الزركشى ، وقال : هذا ظاهر النص . وجزم به فى المنور . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب .

الثانى : مفهوم كلامه أيضاً : أن صلاح بعض نوع من بستان لا يكون حاصلا لذلك النوع من بستان آخر . وهو الصحيح . وهو المذهب .

قال المصنف والشارح : هذا المذهب . قال فى الفائق : هذا أصح الروايتين . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وعنه أن بدوّ الصلاح فى شجرة من القراح يكون صلاحا له ولمـا قار به . وأطلق فى الروضة فى البستانين روايتين .

الثالث : ليس صلاح بعض الجنس صلاحا لجنس آخر بطريق أولى . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : صلاح جنس فى الحائط صلاح لسائر أجناسه فيتبع الجوز التوت . والعلة عدم اختلاف الأيدى على الثمر . قاله فى الفائق .

قال فى الفروع : واختار شيخنا بقية الأجناس التى تباع عادة كالنوع .

فائدة : لو أفرد ما لم يبد صلاحه مما بدا صلاحه وباعه لم يصح على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يصح ، وهو احتمال فى المغنى ، والشرح . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والزركشى ، والحاويين ، والفائق وهما وجهان فى المجرد .

قوله ﴿ وَبُدُوّ الصَّلَاحِ فِى ثَمَرَةِ النَّخْلِ : أَنْ يَحْمَرَّ ، أَوْ يَصْفَرَّ . وَفِى العِنَبِ أَنْ يَتَمَوَّهَ ﴾ .

وكذا قال كثير من الأصحاب .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهما : حكم ما يتغير لونه عند صلاحه كالإجاص ، والعنب الأسود : حكم ثمرة النخل بأن يتغير لونه . وفى سائر الثمر : أن يبدو فيه النضج ، و يطيب أ كله .

وقال صاحب المحرر ــ وتبعه فى الفروع ــ وجماعة : بدوّ صلاح الثمر : أن يطيب أ كله و يظهر نضجه .

وهذا الضابط أولى . والظاهر : أنه مراد غيرهم ، وماذ كروه علامة على هذا .
هذا حكم ما يظهر من الثمار قولا واحدا وهذا بلا نزاع .

فأما ما يظهر فما بعد فم ــ كالقثاء ، والخيار ، والبطيخ ، واليقطين ، ونحوها ــ

فبدوّ الصلاح فيه : أن يؤكل عادة . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . واختاره المصنف وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال القاضى ، وابن عقيل : صلاحه تناهى عظمه .

وقال فى التلخيص : صلاحه التقاطه عرفا ، وإن طاب أكله قبل ذلك .

فائدة : صلاح الحب : أن يشتد أو يبيض .

قوله ﴿ وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ . فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

وقياس قول المصنف فى مزارع القرية «أو بقرينة » يكون للمبتاع بتلك القرينة .

قلت : وهو الصواب . واختاره المصنف فى شراء الأمة من الغنيمة يتبعها ما عليها مع علمها به .

ونقل الجماعة عن أحمد : لا يتبعها . وهو المذهب .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ قَصْدُهُ الْمَالَ : اشْتُرِطَ عِلْمُهُ ، وَسَائِرُ شُرُوطِ الْبَيْعِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَصْدُهُ الْمَالَ : لَمْ يُشْتَرَطْ ﴾ .

فظاهر ذلك : أنه سواء قلنا العبد يملك بالتمليك أو لا . وهو اختيار المصنف . وذكره نص الإمام أحمد . واختيار الخرقى . وذكره فى المنتخب ، والتلخيص عن أصحابنا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والشرح . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

نقل صالح ، وأبو الحارث : إذا كان إنما قصد العبد : كان المال تبعاً له ، قل أو كثر . واقتصر عليه أبو بكر فى زاد المسافر .

وقال القاضى : إن قيل العبد يملك بالتمليك : لم تشترط شروط البيع ، وإلا اعتبرت . وقطع به فى المجرد . وزاد : إلا إذا كان قصده العبد .

قال الزركشى : واعلم أن مذهب الخرقى : أن العبد لا يملك . فكلامه خرج على ذلك . وهو ظاهر كلامه فى التعليق . وتبعهما أبو البركات .

أما إذا قلنا يملك ، فصرح أبو البركات : بأنه يصح شرطه ، و إن كان مجهولا .

ولم يعتبر أبو محمد الملك ، بل أناط الحكم بالقصد وعدمه . وزعم أن هذا منصوص الإمام أحمد ، والخرقى .

وفى نسبة هذا إليهما نظر . لاحتمال بنائهما على الملك كما تقدم . وهو أوفق لكلام الخرقى ولمشهور كلام الإمام أحمد .

وحكى أبو محمد عن القاضى : أنه رتب الحكم على الملك وعدمه . فإن قلنا : يملك : لم يشترط . و إن قلنا : لايملك : اشترط .

وحكى صاحب التلخيص عن الأصحاب : أنهم رتبوا الحكم على القصد وعدمه ، كما يقوله أبو محمد .

ثم قال : وهذا على القول بأن العبد يملك . أما على القول بأنه لايملك : فيسقط حكم التبعية ، و يصير كمن باع عبداً ومالا . وهذا عكس طريقة أبى البركات .

ثم يلزمه التفريع على الرواية الضعيفة .

و يتلخص فى المسألة أربعة طرق . انتهى كلام الزركشى .

وقال ابن رجب فى فوائده : إذا باع عبداً وله مال . ففيه للأصحاب طرق :

أحدها : البناء على الملك وعدمه . فإن قلنا : يملك ، لم يشترط معرفة المال ، ولا سائر شرائط البيع . لأنه غير داخل فى العقد . و إنما اشترط على ملك العبد ليكون عبداً ذا مال . وذلك صفة فى العبد لا تفرد بالمعاوضة . فهو كبيع المكاتب الذى له مال .

و إن قلنا لايملك اشترط معرفة المال . و إن تبعه بغير جنس المال ، أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية . و يشترط التقابض . لأن المال داخل فى عقد البيع . وهذه طريقة القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبى الخطاب فى انتصاره ، وغيرهم .

والطريقة الثانية : اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير . فإن كان المال مقصوداً

للمشترى: اشترط علمه وسائر شروط البيع . و إن كان غير مقصود ، بل قصد المشترى تركه للعبد لينتفع به وحده : لم يشترط ذلك . لأنه تابع غير مقصود . وهذه الطريقة هى المنصوصة عن الإمام أحمد ، وأكثر أصحابه ، كالخرق ، وأبى بكر والقاضى فى خلافه . وكلامه ظاهر فى الصحة . و إن قلنا : العبد لا يملك .

وترجع المسألة على هذه الطريقة إلى بيع ربوى بغير جنسه ، ومعه من جنسه ما هو غير مقصود . ورجح صاحب المغنى هذه الطريقة .

وقال فى القواعد : وأنكر القاضى فى المجرد : أن يكون القصد وعدمه معتبراً فى صحة العقد فى الظاهر . وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله .

والطريقة الثالثة : الجمع بين الطريقتين . وهى طريقة القاضى فى الجامع الكبير وصاحب المحرر ، ومضمونها : أنا إن قلنا العبد يملك : لم يشترط لماله شروط البيع بحال ، و إن قلنا لا يملك : فإن كان المال مقصوداً للمشترى : اشترط له شرائط البيع و إن كان غير مقصود : لم يشترط له ذلك . انتهى .

وذكرها أيضاً فى القواعد [وذكر الزركشى أربع طرق] .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ ثِيَابٌ . فَقَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ لِلْجَمَالِ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا كَانَ لِلُّبْسِ الْمُعْتَادِ فَهُوَ للمشترى ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وتقدم اختيار المصنف فيما إذا اشترى أمة من المغنم . و إذا كان هناك قرينة تدل على أن مراده جميع الثياب .

فائدتان

إحداهما : عذار الفرس ، ومقود الدابة : كثياب العبد ، ويدخل نعلها فى بيعها كلبس العبد . قال فى الترغيب : وأولى .

الثانية : لو باع العبد وله سرية : لم يفرق بينهما ، كامرأته وهى ملك للسيد . نقله حرب . ذكره فى الفروع فى أحكام العبد . والله أعلم .

باب السلم

فائدة : قال فى المستوعب : هو أن يسلم إليه مالا فى عين موصوفة فى الذمه .

وقال المصنف فى المغنى ، والـكافى ، والشارح : هو أن يسلم عيناً حاضرة فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل .

وقال فى المطلع : هو عقد على موصوف فى الذمة مؤجل بثمن مقبوض فى مجلس العقد . وهو معنى الأول . وهو حسن .

وقال فى الوجيز : هو بيع معدوم خاص ليس نفعا إلى أجل بثمن مقبوض فى مجلس العقد .

وقال فى الرعاية الـكبرى وغيرها : هو بيع عين موصوفة معدومة فى الذمة إلى أجل معلوم مقدور عليه عند الأجل بثمن مقبوض عند العقد .

وقال فى الرعاية الصغرى : هو بيع معدوم خاص بثمن مقبوض بشروط تذكر

تنبيه : قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إلاَّ بِشُرُوطٍ سَبْعَةٍ ﴾ .

وكذا ذكره جماعة . وذكر فى الفروع وغيره : ستة وذكر فى الهداية وغيرها : خمسة . وذكر فى الـكافى ، والمحرر ، وغيرهما : أربعة . مع ذكرهم كلهم جميع الشروط .

والظاهر : أن الذى لم يكمل عدد ذلك جعل الباقى من تتمة الشروط ، لا شروطاً لنفس السلم .

قوله ﴿ أَحَدُهَا : أَنْ يَكُونَ فِيمَا يُمْكِنُ ضَبْطُ صِفَاتِهِ . كالمَكِيلَ وَالمَوْزُونِ ، وَالمَذْرُوعِ ﴾ .

أما المـكيل والموزون : فيصح السلم فيهما ، قولا واحداً .

وأما المذروع : فالصحيح من المذهب : صحة السلم فيه ، كما قال المصنف . وعايه الأصحاب .

وعنه لايصح السلم فيه . ذكرها إسماعيل فى الطريقة .

قوله ﴿ فأَمَّا المَعْدُودُ المخْتَلفُ ـ كَالْحَيَوانِ ، وَالفَوَاكِهِ ، وَالبُقُولِ ، وَالرُّءوسِ ، وَالْجُلُودِ وَنَحْوِهَا ـ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

فأما الحيوان : فأطلق المصنف فيه الروايتين ، سواء كان آدمياً أو غيره . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والهادى ، والمحرر ، وغيرهم .

إحداهما : يصح السلم فيه . وهو الصحيح من المذهب .

قال المصنف فى المغنى : هذا ظاهر المذهب .

قال الشارح : المشهور صحة السلم فى الحيوان . نص عليه فى رواية الأثرم .

قال فى الكافى : هذا الأظهر .

قال فى تجريد العناية : صح على الأظهر .

قال الناظم : هذا أولى .

قال فى الفروع : يصح على الأصح .

قال فى الفائق : يصح فى أصح الروايتين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الإرشاد ، والمستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والوجيز . وصححه فى التصحيح ، ونظم نهاية ابن رزين .

والرواية الثانية : لايصح فيه . وقدمه فى الخلاصة ، وشرح ابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وصححه فى الرعاية الكبرى .

فوائد

منها : يصح السلم فى اللحم النِّيْء بلا نزاع . ولايعتبر نزع عظمه . لأنه كالنوى فى التمر . لكن يعتبر قوله : بقر أو غنم ، ضأن أو معز ، جذع أوثنى ، ذكر أو أنثى ، خصى أو غيره ، رضيع أو فطيم ، معلوفة أو راعية ، من الفخذ أو الجنب . نقلها الجماعة . سمين أو هزيل .

ومنها : لايصح السلم فى اللحم المطبوخ والمشوى ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، وغيرهما . واختاره القاضى وغيره .

وقيل : يصح . قدمه ابن رزين . وهما احتمالان مطلقان فى التلخيص .

وأطلق وجهين فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

ومنها : يصح السلم فى الشحم . جزم به فى الفروع .

قيل للإمام أحمد رحمه الله : إنه يختلف . قال : كل سلف يختلف .

وأما الفواكه والبقول : فأطلق المصنف فى جواز السلم فيها روايتين . وأطلقهما فى الهداية ، وعقود ابن البناء ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والحاوى ، والمغنى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

إحداهما : لايصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال فى الرعاية الكبرى : ولايصح فى معدود مختلف ، على الأصح .

قال أبو الخطاب : لا أرى السلم فى الرمان والبيض . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، وشرح ابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يصح . جزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

وأما الجلود والرءوس ونحوها ، كالأكارع ، فأطلق المصنف فى جواز السلم فيها روايتين . وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والشارح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

إحداهما : لايصح . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وصححه فى التصحيح ، والرعاية الكبرى . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهو ظاهر ماقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يصح السلم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . قال

الناظم . وهو أولى . وقدمه فى التلخيص فى مكان آخر [جزم به القاضى يعقوب فى التبصرة ، وصححه فى تصحيح المحرر .

قلت : وهو الصواب . فيما قاله المصنف كله حيث أمكن ضبطه] .

قوله ﴿ وَفِى الْأَوَانِى الْمُخْتَلِفَةِ الرُّءُوسِ ، وَالْأَوْسَاطِ ـ كَالْقَمَاقِمِ ، وَالْأَسْطَالِ الضَّيِّقَةِ الرُّءُوسِ ـ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والهادى ، وشرح ابن منجا ، والزركشى ، والشرح ، والنظم ، والحاوى الكبير ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لايصح . وهو المذهب . جزم به فى مسبوك الذهب ، والوجيز ، و إدراك الغاية . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المغنى ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : يصح . صححه فى التصحيح . فيضبط بارتفاع حائطه ، ودور أسفله أو أعلاه .

قوله ﴿ وَفِيمَا يُجْمَعُ أَخْلَاطًا مُتَمَيِّزَةً ـ كَالثِّيَابِ الْمَنْسُوجَةِ مِنْ نَوْعَيْنِ ـ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والهادى ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والوجيز . وصححه فى الكافى ، والشرح ، والتصحيح . وقدمه فى النظم ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لايصح . اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته .

فائدة : حكم النشاب المريش ، والنبل المريش ، والخفاف ، والرماح ، حكم الثياب المنسوجة من نوعين ، خلافاً ومذهباً . قاله فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما .

وقدم فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين ، وغيرهم الصحة هنا أيضاً .

وأما القسى : فجعلها صاحب الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم : كالثياب المنسوجة من نوعين [والصحيح من المذهب : أنها ليست كالثياب المنسوجة من نوعين] ولا يصح السلم فيها . لأنها مشتملة على خشب وقرن وعصب ووتر . إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيها ، بخلاف الثياب وما أشبهها . قدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح . والفروع ، وغيرهم .

قال المصنف والشارح : هذا أولى . وجزم به فى الهادى .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : صحة السلم فى الثياب المنسوجة من نوع واحد . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقد دخل فى كلام المصنف السابق فى قوله « والمذروع » وتقدم هناك رواية : أنه لا يصح السلم فى المذروع .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ فِيمَا لاَ يَنْضَبِطُ ، كَالجواهِرِ كلِّهَا ﴾ .

هذا المذهب فى الجواهر كلها . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

ونقل أبو داود : السلم فيها لا بأس به .

وفى طريقة بعض الأصحاب ، فى اللؤلؤ منع وتسليم .

وأطلق فى الفروع فى العقيق وجهين . وجزم فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وابن رزين وغيرهم ، بعدم الصحة فيه .

قوله ﴿ وَالحوَامِلِ مِنْ الحَيَوَانِ ﴾

لا يصح السلم فى الحوامل من الحيوان على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والرعاية الكبرى [والحاوى الصغير ، والفروع والرعاية وغيرهم . وقدمه فى الشرح]

وفيه وجه آخر : يصح . وفى طريق بعض الأصحاب فى الخلفات منع وتسليم .
وأطلقهما فى الكافى ، والنظم ، والفائق .

فوائد

إحداها : لايصح السلم فى شاة لبون . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح . وأطلقهما فى النظم .

الثانية : لايصح السلم فى أمة وولدها ، أو وأخيها ، أو عمتها ، أو خالتها لندرة جمعهما الصفة .

الثالثة : يصح السلم فى الشهد . على الصحيح من المذهب . جزم به فى النظم ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس . وصححه فى التلخيص .

وقيل : لايصح . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

تنبيه : مفهوم قوله « ولايصح فيما لاينضبط » ومثل من جملة ذلك ﴿ المغشوش من الأثمان ﴾ أن السلم يصح فى الأثمان نفسها ، إذا كانت غير مغشوشة . وهو صحيح ، وهو الصحيح من المذهب . فيصح أن يسلم عرضاً فى ذهب أو فضة .

قال فى الفروع : ويصح إسلام عرض فى عرض ، أو فى ثمن ، على الأصح .

قال فى الرعاية الصغرى : وإن أسلم فى نقد أو عرض عرضاً مقبوضاً جاز فى الأصح[1] . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . ونصره فى المغنى ، والشرح .

وعنه لايصح . قدمه فى المستوعب ، والرعاية الكبرى . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

فعلى المذهب : يشترط كون رأس المال غيرهما . فيجعل عرضاً . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه الجمهور . وصححه فى الفروع . وجزم به فى الرعاية .

وقال أبو الخطاب : والمنافع أيضاً كمسألتنا .

---

(١) إلى هنا انتهى الخرم من مخطوطة المصنف .

فائدتان

إحداهما : يجوز إسلام عرض فى عرض . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فى الفروع وغيره . وجزم به فى الكافى ، وابن عبدوس وغيرهما . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوين ، وغيرهم .

وعنه لايجوز السلم إلا بعين أو ورِق خاصة . ذكرها ابن أبى موسى .

قال ابن عقيل : لايجوز جعل رأس المال غير الذهب والفضة .

فعليها : لايسلم العروض بعضها فى بعض ، وهو ظاهر كلام الخرقى .

وعلى المذهب : يصح .

فعلى المذهب : لوجاءه بعينه عند محله لزمه قبوله . صححه فى الفائق . وقدمه فى شرح ابن رزين ، والرعايتين .

وقال : فإن اتخذ صفة ، فجاءه عند الأجل بما أخذه منه لزمه أخذه . وقيل : لا

وإن أسلم جارية صغيرة فى كبيرة . فصارت عند المحل كما شرط . ففى جواز أخذها وجهان . وإن كان حيلة حرم . انتهى .

وقيل : لايلزمه أخذ عينه إذا جاءه به عند محله .

ورده ابن رزين وغيره . وأطلقهما فى الكافى .

الثانية : فى جواز السلم فى الفلوس روايتان . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

نقل أبو طالب وابن منصور فى مسائله عن الثورى ، والإمام أحمد ، وإسحاق : الجواز . ونقل عن ابن سعيد المنع . ونقل حنبل الكراهة .

ونقل يعقوب وابن أبى حرب : الفلوس بالدراهم يداً بيد ونسيئة . وإن أراد فضلا لايجوز . فهذه نصوصه فى ذلك .

قال فى الرعاية ـ بعد أن أطلق الروايتين ـ قلت : هذا إن قلنا هى سلعة . انتهى .

اختار ابن عقيل ـ فى باب الشركة من الفصول ـ أن الفلوس عروض بكل حال . واختاره على بن ثابت الطالبانى من الأصحاب . ذكره عنه ابن رجب فى الطبقات فى ترجمته . وهى قبل ترجمة المصنف بيسير .

فعليه : يجوز السلم فيها . وصرح به ابن الطالبانى . واختاره . وتأول رواية المنع

وقال أبو الخطاب فى خلافه الصغير وغيره : الفلوس النافقة أثمان . وهو قول كثير من الأصحاب . قاله ابن رجب .

واختار الشيرازى فى المبهج : أنها أثمان بكل حال .

فعليها : حكمها حكم الأثمان فى جواز السلم فيها وعدمه ، على ما تقدم . وتوقف المصنف فى جواز السلم فيها . فقال : أنا متوقف عن الفتيا فى هذه المسألة . ذكره عنه ابن رجب فى ترجمة ابن الطالبانى . انتهى .

قلت : الصحيح السلم فيها . لأنهـا إما عرض أو ثمن . لايخرج عن ذلك .

والصحيح من المذهب : صحة السلم فى ذلك ، على ماتقدم .

وأما أنّا نقول بصحة السلم فى الأثمان والعروض ولا نصحح السلم فيها : فهذا لا يقوله أحد . فالظاهر : أن محل الخلاف المذكور إذا قلنا بعدم صحة السلم فى الأثمان .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ فِيمَا يَجْمَعُ أَخْلاَطًا غَيْرَ مُتَمَيِّزَةٍ ـ كَالغَالِيَةِ وَالنَّد وَالمَعَاجِين ونحوها ﴾ بلا نزاع أعلمه ﴿ وَيَصِحُّ فِيمَا يُتْرَكُ فِيهِ شَيْءٌ غَيْرَ مَقْصُودٍ لِمَصْلَحَتِهِ ـ كَالجُبْنِ تُوضَعُ فيه الأنفحَة ، وَالعَجِين يُوضع فيه الملح ، وكذا الخبز ، وَخَلُّ التَّمرِ . يوضع فيه الماء . والسَّكَنْجَبِين يوضع فيه الخل وَنَحْوِهَا ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ الثَّانِي : أَنْ يَصِفَهُ بِمَا يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ ظَاهِرًا . فَيَذْكُرُ

جِنْسَهُ، وَنَوْعَهُ وَقَدْرَهُ وَبَلَدَهُ، وَحَدَاثَتَهُ وَقِدَمَهُ، وَجَوْدَتَهُ وَرَدَاءَتَهُ﴾.

قال فى التلخيص: وأصحابنا يعتبرون ذكر الجودة والرداءة، مع بقية الصفات قال: وعندى. أنه لاحاجة إلى ذلك، لأنه إذا أتى بجميع الصفات التى يزيد الثمن لأجلها، فلا يكون إلا جيداً أو بالعكس. انتهى.

ويذكر على الصحيح من المذهب ـ وعليه أكثر الأصحاب ـ مايميز مختلف النوع. وسِنَّ الحيوان، وذكورته وأنوثته، وهزاله، وراعياً أو معلوفاً. على ماتقدم أول الباب. ويذكر آلة الصيد، أحبولة، أو صيد كلب أو فهد أو صقر.

وعند المصنف، والشارح: لايشترط ذلك. لأن التفاوت فيه يسير.

قالا: وإذا لم يعتبر فى الرقيق ذكر السمن والهزال ونحوهما ـ مما يتباين به الثمن ـ فهذا أولى. انتهيا.

ويعتبر ذكر الطول بالشبر فى الرقيق.

قال فى المستوعب، والتلخيص، والترغيب: إلا أن يكون رجلا. فلايحتاج[1] إلى ذكره. لكن يذكر طويلا أو قصيراً أو ربعاً.

ويعتبر فى الرقيق: ذكر الكحل والدعج، وتكلثم الوجه، وكون الجارية خميصة، ثقيلة الأرداف، سمينة، بكراً أو ثيباً، ونحو ذلك مما يقصد. ولا يطول، ولا ينتهى إلى عزة الوجود عند أكثر الأصحاب.

قال فى التلخيص: قاله غير القاضى فى المستوعب. وهو الصحيح عندى.

وقيل: لايعتبر ذكر ذلك. اختاره القاضى فى المجرد، والخصال. وأطلقهما فى البلغة، والفروع.

قال فى الرعاية الكبرى: وفى اشتراط ذكر الكحل والدعج وثقل الأدراف ووضاءة الوجه، وكون الحاجبين مقرونين والشعر سبطاً، أو جعداً، وأشقر أو أسود، والعين زرقاء، والأنف أقنى ـ فى صحة السلم وجهان. انتهى.

---

(١) كذا بخط المصنف. وفى الأحمدية: فيحتاج.

وقال المصنف ، والشارح : ويذكر الثيوبة والبكارة . ولا يحتاج إلى ذكر الجعودة والسبوطة . انتهى .

وإن أسلم فى الطير : ذكر النوع واللون ، والكبر والصغر ، والجودة الرداءة ، ولا يعرف سنها أصلاً .

وقال فى عيون المسائل : يعتبر ذكر الوزن فى الطير . كالكركى والبط . لأن القصد لحمه . ويُنَزَّل الوصف على أقل درجة .

وقال فى التلخيص ، وعيون المسائل : ويذكر فى العسل المكان : بلدى أو جبلى ، ربيعى أو خريفى ، واللون . ولا حاجة إلى عتيق أو حديث .

وقال فى الرعاية الكبرى : وقيل : فى المسلم فيه خمسة أضرب .

الأول : مايضبط كل واحد منه بثلاثة أوصاف . إن حفظ أوصافه ، كاللبن وحجارة البناء .

الثانى : مايضبط كل واحد منه بأربعة أوصاف ، وإن اختلفت . وهو أربعة عشر شيئاً : الرصاص ، والصفر ، والنحاس ، وحجارة الآنية . كالبرام ، والرجس الطاهر ، والشوك ، ولحم الطير ، والسمك ، والإبريسم ، والآجر ، والرءوس ، والسمن ، والجبن ، والعسل .

الثالث : مايضبط كل واحد منه بخمسة أوصاف . وهو ثلاثة عشر شيئاً . الجلود ، وحجارة الأرحاء ، والصوف ، والقطن ، والغزل ، وخشب الوقود ، والبناء ، والخبز ، والزبد ، واللبأ ، والرطب ، والطعام ، والنعم ، والخيل .

الرابع : مايضبط كل واحد منه بستة أوصاف . وهو ثلاثة أشياء : السمر فى العبيد ، وخشب القسى .

الخامس : مايضبط كل واحد منه بسبعة أوصاف ، وهو شيئان . الثياب ، ولحم الصيد وغيره . انتهى .

قلت : جزم بهذا فى المستوعب . ومن الأوصاف المضبوطة بذلك كله .

وقال فى الرعاية أيضاً ، وغيره ــ غير ماتقدم ــ ويذكر أيضاً مايختلف الثمن لأجله غالباً . كالعَرْض، والسُّمْك ، والتدوير ، والسن، واللون ، واللين، والنعومة ، والخشونة ، والدقة ، والغلظ ، والرقة ، والصفاقة ، وجلب يومه ، وزبد يومه ، والحلاوة ، والحموضة ، والمرعى ، والعلف ، وكون المبيع حديثاً أو عتيقاً ، رطباً أو يابساً ، ربيعياً أو خريفياً . وغير ذلك . كل شيء بحسبه من ذلك وغيره . انتهى .

وتقدم بعض ذلك .

وذكر أوصاف كل واحد مما يجوز السلم فيه يطول . وقد ذكره المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والرعاية ، وغيرهم . فليراجعوا .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ الأَرْدَأَ . فعلى وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والحاوى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لا يصح . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وصححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . وقدمه ابن رزين فى شرحه ، وتجريد العناية .

والوجه الثانى : يجوز . جزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى . وصححه فى التلخيص ، والبلغة ، والزركشى .

قال فى التلخيص : لأن طلب الأردأ من الأردأ عناد . فلا يثور فيه نزاع .

فائدة : لو شرط جيداً أو رديئاً صح بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِذَا جَاءَهُ بِدُونِ مَا وَصَفَهُ لَهُ ، أَوْ نَوْعٍ آخَرَ . فَلَهُ أَخْذُهُ ﴾ .

إذا جاءه بدون ماوصف من نوعه . فلا خلاف أنه مخير فى أخذه .

وإن جاءه بنوع آخر . فالصحيح من المذهب : أنه مخير أيضاً فى أخذه وعدمه . جزم به فى الوجيز ، والنظم ، وغيرهما . واختاره المصنف ، وغيره . وقدمه

فى الشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والـكافى ـ وقال : هو أصح ـ وغيرهم .

وعند القاضى وغيره : يلزمه أخذه إذا لم يكن أدنى من النوع المشترط .

واختاره المجد . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر .

وعنه : يحرم أخذه كأخذ غير جنسه . نقله جماعة عن الإمام أحمد .

وأطلقهن الزركشي . وأطلق فى التلخيص فى الأخذ وعدمه روايتين .

وقال : بناء على كون النوعية تجرى مجرى الصفة أو الجنس .

قوله ﴿ وَإِنْ جَاءَهُ بِجِنْسٍ آخَرَ : لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل جماعة عن أحمد جواز الأخذ للأردأ عن الأعلى ، كشعير عن بر بقدر كيله . نقله أبو طالب ، والمروذى .

وحمله المصنف والشارح على رواية : أنهما جنس واحد .

قال فى التلخيص : جعل بعض أصحابنا هذا رواية فى جواز الأخذ من غير الجنس بقدره . إذا كان دون المسلم فيه .

قال : وليس الأمر عندى كذلك . وإنما هذا يختص الحنطة والشعير ، مطابقاً لنصه فى إحدى الروايتين عنه : أن الضم فى الزكاة يختصهما ، دون القَطَنيات وغيرها . بناء على كونهما جنساً واحداً فى إحدى الروايتين عنه ، وإن تنوع . نقله حنبل . ولا يجوز التفاضل بينهما . ذكره القاضى أبو يعلى وغيره . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ جَاءَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ مِنْ نَوْعِهِ لَزِمَهُ قَبُولُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : لا يلزمه قبوله . وقيل : يحرم أخذه .

وحكى رواية نقل صالح وعبد الله : لا يأخذ فوق صفته ، بل دونها .

فائدة : لو وجده معيباً كان له رده أو أرشه .

قوله ﴿فَإِنْ أَسْلَمَ فِي المَكِيلِ وَزْنًا ، وَفِي المَوْزُونِ كَيْلاً : لَمْ يَصِحْ﴾

وهو إحدى الروايتين : نص عليه . واختاره أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : هو المشهور ، والمختار للعامة .

قلت : منهم القاضي ، وابن أبي موسى . وجزم به ناظم المفردات ـ وهو منها ـ والخلاصة ، والهادي ، والمذهب الأحمد ، والبلغة . وصححه في المحرر . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى ، والزبدة ، والحاويين ، وإدراك الغاية ، والفائق . وهذا المذهب .

وعنه يصح . وهي من زوائد الشارح . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس في تذكرته . وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجي . ويحتمله كلام الخرقي . وهما روايتان منصوصتان . وأطلقهما في الكافي ، والمحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

فائدة : لايصح السلم في المذروع إلا بالذرع ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وخرج الجواز وزناً .

قوله ﴿وَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ المِكْيَالُ مَعْلُومًا . فَإِنْ شَرَطَ مَكِيلاً بِعَيْنِهِ أَوْ صِنْجَةً بِعَيْنِهَا غَيْرَ مَعْلُومَةٍ : لَمْ يَصِحَّ﴾ .

وكذا الميزان والذراع . وهذا بلا نزاع فيه ، لكن لو عين مكيال رجل واحد أو ميزانه : صح ، ولم يتعين . على الصحيح من المذهب .

قال في الفروع : لم يتعين في الأصح .

قال في الرعاية : صح العقد . ولم يتعينا في الأصح .

وجزم به في المغني ، والتلخيص ، والشرح ، وغيرهم .

قال الزركشي : هذا المذهب . وقيل : يتعين .

فعلى المذهب في فساد العقد : وجهان . وأطلقهما في التلخيص ، والفروع ، والزركشي .

وأطلق أبو الخطاب روايتين فى صحة العقد يتعين مكيال . انتهى .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح . جزم به فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام المصنف ، والشارح وغيرهما .

والثانى : لايصح .

قوله ﴿ وَفِى المعْدُودِ المخْتَلِفِ غَيْرِ الحَيَوَانِ رِوَايتَانِ ﴾ .

يعنى على القول بصحة السلم فيه ، كما تقدم . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب والتلخيص ، والمستوعب ، والهادى ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والزركشى .

إحداهما : يسلم فيه عدداً . صححه فى التصحيح . وهو مقتضى كلام الخرقى .

والأخرى : يسلم فيه وزناً . قدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين .

وقيل : يسلم فى الجوز ، والبيض عدداً . وفى الفواكه والبقول وزنا .

قال الشارح : يسلم فى الجوز والبيض عدداً فى أظهر الرواية . وأطلق فى الفواكه وجهين .

وقدم فى الفروع صحة السلم فى معدود غير حيوان يتقارب عدداً . وهذا المذهب .

قال فى الكافى ، فأما المعدود : فيقدر بالعدد . وقيل : بالوزن . والأول أولى . فإن كان يتفاوت كثيراً ـ كالرمان والبطيخ والسفرجل والبقول ـ : قدره بالوزن .

وقال فى المغنى : يسلم فى الجوز والبيض ونحوهما عدداً . وفيما يتفاوت ـ كالرمان ، والسفرجل والقثاء ـ وجهان .

وتقدم كلام الشارح . فالصحيح إذن من المذهب : أن ما يتقارب السلم فيه عدداً فيه ومايتفاوت تفاوتاً كثيراً يسلم فيه وزناً .

قوله ﴿ الرَّابعُ : أَنْ يَشْتَرِطَ أَجَلاً مَعْلُومًا ، لَهُ وَقعَ فِى الثَّمَنِ ﴾ .

يعنى فى العادة ، كالشهر ونحوه . قاله الأصحاب .

قال فى الرعاية : و يتغير فيه الثمن غالباً بحسب البلدان ، والأزمان ، والسلع .

قال فى الـكافى : كالشهر ونصفه ونحوه .

قال الزركشى ، وكثير من الأصحاب : يمثل بالشهر والشهرين . فمن ثم قال بعضهم : أقله شهر . انتهى .

قلت ، قال فى الخلاصة : و يفتقر إلى ذكر الأجل . فيكون شهراً فصاعداً . قال فى الرعاية الـكبرى ، وقيل : أقله شهر .

قال فى الفروع : وليس هذا فى كلام أحمد . وظاهر كلامه : اشتراط الأجل . ولو كان أجلا قريباً : ومال إليه . وقال : هو أظهر .

قوله ﴿ فَإِنْ أَسْلَمَ حَالاً أَوْ إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ ، كَالْيَوْمِ وَنَحْوِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر فى الانتصار رواية : يصح حالا . واختاره الشيخ تقى الدين إن كان فى ملـكه . قال : وهو المراد بقوله عليه أفضل الصلاة والسلام لحـكيم بن حزام رضى الله عنه « لاتبع ماليس عندك » أى ماليس فى ملكك . فلو لم يجز السلم حالا لقال : لاتبع هذا ، سواء كان عندك أولا . وتكلم على ماليس عنده .

ذكره عنه صاحب الفروع فى كتاب البيع فى الشرط الخامس . واختاره فى الفائق .

قال فى النظم : وما هو ببعيد .

وحمل القاضى وغيره هذه الرواية على المذهب . ولم يرتضه فى الفروع . واختار الصحة إذا أسلمه إلى أجل قريب ، كما تقدم . ورد ما احتج به الأصحاب .

قال فى القاعدة الثامنة والثلاثين : لنا وجه . قاله القاضى فى موضع من الخلاف بصحة السلم حالا . ويكون بيعاً . انتهى .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ يُسْلِمَ فِى شَىْءٍ يَأْخُذُ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ أَجْزَاءً مَعْلُومَةً ﴾ .

كاللحم والخبز ونحوهما ﴿ فيصح ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : إن بين قسط كل أجل وثمنه : صح . وإلا فلا .

قوله ﴿وَإِنْ أَسْلَمَ فِي جِنْسٍ إِلَى أَجَلَيْنِ ، أَوْ فِي جِنْسَيْنِ إِلَى أَجَلٍ : صَحَّ﴾

إذا أسلم فى جنسين أو جنس واحد إلى أجلين صح . بشرط أن يبين قسط كل أجل وثمنه . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وإن أسلم فى جنسين إلى أجل : صح أيضاً ، بشرط أن يبين ثمن كل جنسين . وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه يصح وإن لم يبين .

ويأتى هذا قريباً فى كلام المصنف فى آخر الفصل السادس ، حيث قال « وإن أسلم ثمناً واحداً فى جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس » .

وقال فى الرعاية ــ بعد ذكر هاتين المسألتين وغيرهما ــ وعنه يصح فى الكل قبل البيان .

فائدة : مثل المسألة الثانية : لو أسلم ثمنين فى جنس واحد . على الصحيح من المذهب . نقله أبو داود . واختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يصح هنا . اختاره المصنف ، والشارح .

قال الزركشى : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ الأَجَلُ مُقَدَّرًا بِزَمَنٍ مَعْلُومٍ . فَإِنْ أَسْلَمَ إِلَى الحَصَادِ وَالجَدَادِ : فعلى روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعايتين ، والمحرر .

إحداهما : لا يصح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : اختاره عامة الأصحاب .

قال في الخلاصة ، والفروع : لم يصح على الأصح .

وصححه في المذهب ، والنظم ، والتصحيح ، وغيرهم . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الكافي ، والمغني ، والشرح . ونصراه هما وغيرهما .

والرواية الثانية : يصح . قدمه في الفائق .

قال الزركشي : وقيل : محل الخلاف في الحصاد إذا جعله إلى زمنه . أما إلى فعله : فلا يصح .

قلت : جزم بهذه الطريقة في الرعاية الكبرى . وهو ظاهر الرعاية الصغرى وتقدم نظيرها في مسألة خيار الشرط .

فائدة : لو اختلفا في قدر الأجل ، أو مضيه ـ ولا بينة ـ فالقول قول المدين مع يمينه في قدر الأجل على المذهب . ونقله حرب . وفيه احتمال ذكره في الرعاية ، وكذا في مضيه . على الصحيح من المذهب . جزم به في المحرر وغيره . وصححه في الفروع .

وقيل : لايقبل قوله . ويقبل قول المسلم إليه ـ وهو المدين ـ في مكان تسليمه . نقله حرب . وجزم به في الفروع ، وغيره .

قوله ﴿ أَوْ شَرَطَ الخِيَارَ إِلَيْهِ . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

قد تقدم ذكر الروايتين في خيار الشرط . وذكرنا الصحيح من المذهب هناك . فلا حاجة إلى إعادته .

فوائد

منها : لو جعل الأجل مقدراً بأشهر الروم ، كشباط ونحوه . وعيد لهم لا يختلف ، كالنيروز والمهرجان ونحوهما ، مما يعرفه المسلمون : صح . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف وغيره . واختاره القاضي ، وغيره . وقدمه في الكافي ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح . كالشعانين ، وعيد الفطير ونحوهما ، مما يجهله المسلمون غالباً . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وابن أبى موسى ، وابن عبدوس فى تذكرته . حيث قالوا بالأهلة .

ومنها : لو قال : محله شهر كذا : صح . وتعلق بأوله . على الصحيح من المذهب . وصححه فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع وغيره . وجزم به فى الرعاية الكبرى ، وغيره .

وقيل : لا يصح .

ومنها : لو قال : محله أول شهر كذا ، أو آخره : صح . وتعلق بأول جزء منه ، أو آخره . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح . لأن أول الشهر يعبر به عن النصف الأول وكذا الآخر . وهو احتمال فى التلخيص .

ومنها : لو قال — مثلا — إلى شهر رمضان : حل بأوله . هذا المذهب . جزم به الأصحاب .

قال فى القواعد الأصولية : ويتخرج لنا وجه : أنه لا يحل إلا بانقضائه .

ومنها : لو جعل الأجل — مثلاً — إلى جمادى ، أو ربيع ، أو يوم النفر ونحوه . مما يشترك فيه شيئان لم يصح . على الصحيح من المذهب . قدمه فى التلخيص ، والفروع .

وقيل : يصح . ويتعلق بأولها . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وغيرهم .

وأما إذا جعله إلى الشهر — وكان فى أثناء شهر — فيأتى حكمه فى أثناء باب الإجارة

قوله ﴿ وَإِذَا جَاءَهُ بِالسَّلَمِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَلاَ ضَرَرَ فِى قَبْضِهِ : لَزِمَهُ قَبْضُهُ وَإِلاَّ فَلاَ ﴾ .

هذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد . وجزم به فى المحرر ، والمستوعب

والوجيز ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعاية ، والحاوى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الروضة : إن كان مما يتلف ، أو بتغير قديمه أو حديثه : لزمه قبضه . و إلا فلا .

وقطع القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم : أنه إن كان مما يتلف ، أو يتغير قديمه أو حديثه : لا يلزم قبضه للضرر . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

تنبيه : عبر المصنف ــ رحمه الله ــ بالسلم عن المسلم فيه . كما يعبر بالسرقة عن المسروق ، و بالرهن عن المرهون .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا : يلزمه قبضه ــ وامتنع منه ــ قيل له : إما أن تقبض حقك ، أو تبرىء منه . فإن أبى رفع الأمر إلى الحاكم . فيقبضه له .

قال فى الفروع : هذا المشهور . وجزم به فى الشرح هنا . وكذلك فى الكافى وقال المصنف ، والشارح أيضاً : إن أبى قبضه برىء . ذكراه فى المكفول به .

قال فى القاعدة الثالثة والعشرين : لو أتاه الغريم بدينه الذى يجب عليه قبضه . فأبى أن يقبضه ، قال فى المغنى : يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم ، لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته .

الثانية : وكذا الحكم فى كل دين لم يحل إذا أتى به قبل محله . ذكره فى الفروع وغيره .

و يأتى فى كلام المصنف فى باب الكتابة « إذا عجلها قبل محلها » .

قوله ﴿ الْخَامِسُ : أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عَامَّ الوُجُودِ فِي مَحَلِّهِ . فإِنْ

كَانَ لاَيُوجَدُ فِيهِ ، أَوْ لاَيُوجَدُ فِيهِ إلاّ نَادِرًا ـ كَالسَّلَمِ فِي العِنَبِ وَالرُّطَبِ إِلَي غَيْرِ وَقْتِهِ ـ لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ فَإِنْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بعَيْنِهِ ، أَوْ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ : لَم يصح ﴾

وكذا لو أسلم فى مثل هذا الثوب . وهذا المذهب فى ذلك . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

ونقل أبو طالب ، وحنبل : يصح إن بدَا صلاحه ، أو استحصد . وقاله أبو بكر فى التنبيه : إن أمن عليها الجائحة .

قال الزركشى : قلت : وهو قول حسن . إن لم يحصل إجماع .

وقال فى الروضة : إن كانت الثمرة موجودة : فعنه يصح السلم فيها . وعنه لا . وعليها يشترط عدمه عند العقد .

تنبيه : مقتضى قول المصنف « الخامس : أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محله » أنه لايشترط وجوده حالة العقد . وهو كذلك . وكذلك لايشترط عدمه . على الصحيح من الوجهين . قاله ابن عبدوس المتقدم وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ إِلَى مَحَلٍّ يُوجَدُ فِيهِ عَامًّا ، فانْقَطَعَ : خُيِّرَ بَيْنَ الصَّبْرِ وَالفَسْخِ ، وَالرُّجُوعِ بِرَأْسِ مَالِهِ ، أَوْ عِوَضِهِ ، إنْ كَانَ مَعْدُومًا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وَفِي الآخَرِ : ينفسخ بِنَفْسِ التَّعَذُّرِ ﴾ .

اعلم أنه إذا تعذر كل المسلم فيه ، عند محله أو بعضه : إما لغيبة المسلم فيه ، أو لعجز عن التسليم ، أو لعدم حمل الثمار تلك السنة ، وما أشبهه . فالصحيح من المذهب : أنه مخير بين الصبر والفسخ فى الكل ، أو البعض . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وصححه فى الكافى والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والهادى ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين والنظم ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل: ينفسخ بنفس التعذر . وهو الوجه الثانى . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب

وقيل : ينفسخ فى البعض المتعذر . وله الخيار فى الباقى . قاله فى المحرر .

وقال فى المغنى ، والشرح ، والفروع ـ فيما إذا تعذر البعض ـ وقيل : ليس له الفسخ إلا فى الكل ، أو يصبر .

تنبيه : قال فى الفروع ، فى نقل المسألة : و إن تعذر أو بعضه . وقيل : أو انقطع وتحقق بقاؤه .

فذكر أنه إذا انقطع وتحقق بقاؤه يلزم بتحصيله على المقدم .

وذكر المصنف هنا : أنه لايلزم بتحصيله إذا انقطع بلا خلاف .

فيحتمل أن يحمل على ظاهره . فيكون موافقاً للقول الضعيف .

ويحتمل أن يحمل الانقطاع فى كلام المصنف على التعذر . فيكون موافقاً للصحيح . وهو أولى .

قوله ﴿ السَّادِسُ : أَنْ يَقْبِضَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ ﴾ .

نص عليه . وهذا بلا نزاع ، لكن وقع فى كلام القاضى فى الجامع الصغير : إن تأخر القبض اليومين أو الثلاثة : لم يصح .

فوائد

الأولى : لو قبض البعض ثم افترقا : بطل فيما لم يقبض . ولا يبطل فيما قبض على الصحيح من المذهب ، بناء على تفريق الصفقة . قاله أبو الخطاب والمصنف فى الكافى وغيرهما .

قال الزركشى : هذا المشهور .

قال الناظم : هذا الأقوى . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره الشريف أبو جعفر ، وابن عبدوس فى تذكرته .

وعنه يبطل فى الجميع . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وأبى بكر فى التنبيه . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وصححه فى التصحيح فى باب الصرف . وأطلق المصنف وجهين فى باب الصرف . وكذلك صاحب التلخيص ، وأطلقهما هنا فى الهداية والمذهب .

الثانية : لو قبض رأس مال السلم ثم افترقا ، فوجده معيباً . فتارة يكون العقد قد وقع على عين . وتارة يكون قد وقع على مال فى الذمة ، ثم قبضه .

فإن كان وقع على عين ـ وقلنا : النقود تتعين بالتعيين ، وكان العيب من غير جنسه : بطل العقد . وإن قلنا : لاتتعين فله البدل فى مجلس الرد .

وإن كان العيب من جنسه فله إمساكه . وأخذ أرش عيبه ، أو رده وأخذ بدله فى مجلس الرد .

وإن كان العقد وقع على مال فى الذمة ثم قبضه . فتارة يكون العيب من جنسه . وتارة يكون من غير جنسه . فإن كان من جنسه : لم يبطل السلم ، على الصحيح من المذهب . وله البدل فى مجلس الرد . وإن تفرقا قبله بطل العقد . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم .

وعنه يبطل إن اختار الرد .

وإن كان العيب من غير جنسه . فسد العقد . على الصحيح من المذهب .

وأجرى المصنف وغيره فيه رواية بعدم البطلان وله البدل فى مجلس الرد ، على ماتقدم فى الصرف فليعاود .

الثالثة : لو ظهر رأس مال السلم مستحقاً بغصب أو غيره ، وهو معين ـ وقلنا : تتعين النقود بالتعيين ـ لم يصح العقد . وإن قلنا لاتتعين : كان له البدل فى مجلس الرد .

وإن كان العقد وقع فى الذمة فله المطالبة ببدله فى المجلس . وإن تفرقا بطل العقد إلا على رواية صحة تصرف الفضولى ، أو أن النقود لا تتعين .

وتقدم فى الصرف أحكام كهذه الأحكام . واستوفينا الكلام هناك بأتم من هذا . فليعاود . فإن أكثر أحكام الموضعين على حد سواء .

قوله ﴿ وَهَلْ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَعْلُومُ الصِّفَةِ وَالْقَدْرِ كَالْمُسْلَمِ فيه ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يشترط . وهو المذهب . جزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاويين . واختاره القاضى ، وغيره .

والوجه الثانى : لايشترط . ويكفى مشاهدته . وهو ظاهر كلام الخرقى . لأنه لم يذكره فى شروط السلم . وإليه ميل المصنف ، والشارح . وجزم به فى التلخيص . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

فعلى المذهب : لايجوز أن يجعل رأس مال السلم فيه مالا يمكن ضبطه بالصفة ، كالجواهر وسائر مالا يجوز السلم فيه . فإن فعل بطل العقد .

وتقدم : هل يصح السلم فى أحد النقدين والعروض ؟ عند ذكر المغشوش من الأثمان .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ ثَمناً وَاحِداً فِي جِنْسَيْنِ : لَمْ يَجُزْ حَتَّي يُبَيِّنَ ثَمن كُلِّ جِنْسٍ ﴾ .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وعنه يصح قبل البيان . وهى تخريج وجه للمصنف والشارح من المسألة التى قبلها . وقال : الجواز هنا أولى .

قال الزركشى : ولهذه المسألة التفات إلى معرفة رأس مال السلم وصفته . ولعل الوجهين ثم من الروايتين هنا . انتهى .

وقد شمل كلام المصنف هذه المسألة ، حيث قال « و إن أسلم فى جنسين إلى أجل » وأطلقهما فى الفائق .

قوله ﴿ السَّابع : أَنْ يُسْلِمَ فِي الذِّمَّةِ . فإِنْ أَسْلَمَ فِي عَيْنٍ : لَمْ يصح ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به أكثرهم .

وقال فى الواضح : إن كانت العين حاضرة صح ، ويكون بيْعاً بلفظ السلم . فيقبض ثمنه فيه .

فائدة : هذه الشروط السبعة هى المشترطة فى صحة السلم لاغير ، لكن هذه زائدة على شروط البيع المتقدمة فى كتاب البيع .

وذكر فى التبصرة أن الإيجاب والقبول من شروط السلم أيضاً .

قلت : هما من أركان السلم ، كما هما من أركان البيع . وليس هما من شروطه .

قوله ﴿وَلاَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ مَكَانِ الإِيفَاءِ ، إلاّ أَنْ يَكُونَ مَوْضِعَ العَقْدِ لاَ يُمْكِنُ الوَفَاءُ فِيهِ ، كَالبَرِّيَّةِ . فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ ﴾ .

إذا كان موضع العقد يمكن الوفاء فيه لم يشترط ذكر مكان الإيفاء . ويكون الوفاء فى موضع العقد ، على ما يأتى . و إن كان لا يمكن الوفاء فيه ـ كالبرية ، والبحر ، ودار الحرب ـ فالصحيح من المذهب : أنه يشترط ذكر مكان الوفاء وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الإرشاد ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، والبلغة ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم . وصححه فى النظم وغيره .

وقال القاضى : لا يشترط ذكره . ويوفى بأقرب الأماكن إلى مكان العقد .

قال شارح المحرر : ولم أجده فى كتب القاضى . وجزم به فى المنور . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، وقال . قلت : إذا كان مكان العقد لا يصلح للتسليم ـ أو

يصلح ، لكن لنقله مؤنة ـ وجب ذكر موضع الوفاء وإلا فلا . انتهى .

ولم يذكر المقدم فى المذهب .

قوله ﴿ وَيَكُونُ الوَفَاءُ فِي مَكَانِ العَقْدِ ﴾ .

يعنى إذا عقداه فى موضع يمكن الوفاء فيه . فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيداً . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه لايصح هذا الشرط . ذكرها القاضى ، وأبو الخطاب . واختاره أبو بكر .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهُ فِي غَيْرِهِ : صَحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه لايصح . اختاره أبو بكر أيضاً فى التنبيه .

قال فى القاعدة الثالثة والسبعين : والمنصوص فساده فى رواية مهنا . وأطلقهما فى الكافى ، والقواعد .

فائدة : يجوز له أخذه فى غير موضع العقد فى غير شرط . إن رضيا به ، لا مع أجرة حمله إليه . قال القاضى : كأخذ بدل السلم .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ المسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وفى المبهج وغيره رواية : بأن بيعه يصح . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقال : هو قول ابن عباس رضى الله عنهما . لكن يكون بقدر القيمة فقط . لئلا يربح فيما لم يضمن .

قال : وكذا ذكره الإمام أحمد فى بدل القرض وغيره .

فعلى المذهب ـ فى جواز بيع دين الكتابة ، ورأس مال السلم بعد الفسخ ـ : وجهان . وأطلقهما فيهما فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والنظم . وأطلقهما فى دين الكتابة فى الفروع .

وأما رأس مال السلم : فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح بيعه بعد الفسخ . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع وغيره .

واختار القاضى فى المجرد وابن عقيل الجواز . وهو ظاهر ما جزم به فى المنور .

وأما بيع مال الكتابة ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح أيضاً . صححه فى الرعاية الكبرى فى باب القبض والضمان من البيوع . وصححه فى تصحيح المحرر . وقال : جزم به فى الهداية . ووافقه فى شرحها عليه . ولم يزد . انتهى .

وقيل : يصح . وهو ظاهر ما جزم به فى المنور .

قوله ﴿ وَلاَ هِبَتُه ﴾ .

ظاهره : أنه سواء كان لمن هو فى ذمته أو لغيره . فإن كانا لغير من هو فى ذمته ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح . وعليه الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

وعنه لا يصح . نقلها حرب . واختارها فى الفائق . وهو مقتضى اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وإن كان لمن هو فى ذمته ، فظاهر كلامه فى الوجيز وغيره : أنه لا يصح . وجزم به فى الرعاية الكبرى فى مكان .

والصحيح من المذهب : صحة ذلك ، وعليه جماهير الأصحاب . وقد نبه عليه المصنف فى كلامه فى هذا الكتاب فى باب الهبة ، حيث قال « وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه ، أو وهبه له ، أو أحله منه : برئت ذمته » .

فظاهره : إدخال دين السلم وغيره . وهو كذلك .

قال فى الفروع : ولا يصح هبة دين لغير غريم . ويأتى الكلام هناك بأتم من هذا وأعم .

قوله ﴿ وَلاَ أَخذُ غَيْرِه مَكَانَهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وعنه يجوز أخذ الشعير عن البر . ذكرها ابن أبى موسى وجماعة . وحمل على أنهما جنس واحد .

وتقدم ذلك عند قول المصنف « وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه » .

قوله ﴿ وَلاَ الحَوَالَةُ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : يصح .

وفى طريقة بعض الأصحاب : تصح الحوالة على دين السلم ، وبدين السلم ، ويأتى ذلك فى باب الحوالة .

فعلى المذهب ــ فى صحة الحوالة على رأس مال السلم و به بعد الفسخ ــ : وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح المحرر ، والزركشى .

أحدهما : لا يصح . قال فى الرعاية الكبرى ــ فى باب القبض والضمان فى البيع ــ ولا يصح التصرف مع المدين وغيره بحال فى دين غير مستقر قبل قبضه . وكذا رأس مال السلم بعد فسخه مع استقراره إذن .

وقيل : يصح تصرفه . انتهى .

والوجه الثانى : يصح . قال فى تصحيح المحرر : وهو أصح . على مايظهر لى . ومستند عموم عبارات الأصحاب ، أو جمهورهم . لأن بعضهم اشترط فى الدين أن يكون مستقراً ، و بعضهم يقول : يصح فى كل دين عدا كذا . ولم يذكر هذا فى المستثنى . وهذا دين . فصحت الحوالة عليه على العبارتين . انتهى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ المسْتَقِرِّ ﴾ .

من عين وقرض ، ومهر بعد الدخول ، وأجرة استوفى نفعها وفرغت مدتها ، وأرش جناية ، وقيمة متلف ونحو ذلك .

(لِمَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ) .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . اختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وصححه فى النظم ، والحاوى الكبير ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما . وقطع به ابن منجا ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهما .

وعنه لا يجوز . اختاره الخلال . وذكرها فى عيون المسائل عن صاحبه أبى بكر ، كدين السلم . وأطلقهما فى التلخيص .

وتقدم الخلاف فى جواز بيع دين الكتابة قريبا .

تنبيه : يستثنى ـ على المذهب ـ إذا كان عليه دراهم من ثمن مكيل أو موزون باعه منه بالنسيئة . فإنه لا يجوز أن يستبدل عما فى الذمة بما يشاركه المبيع فى علة ربا الفضل . نص عليه ، حسما لمادة ربا النسيئة ، كما تقدم ذلك فى كلام المصنف فى آخر كتاب البيع .

ويستثنى أيضاً ما فى الذمة من رأس مال السلم إذا فسخ العقد . فإنه لا يجوز الاعتياض عنه وإن كان مستقراً ، على الصحيح ، كما تقدم قريبا .

وقيل : يصح . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

فعلى المذهب ـ فى أصل المسألة فى جواز رهنه عند من عليه الحق له ـ : روايتان . ذكرهما فى الانتصار فى المشاع .

قلت : الأولى الجواز . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . حيث قالوا : يجوز رهن ما يصح بيعه .

قوله ﴿ بِشَرْطِ أَنْ يَقْبِضَ عِوَضَهُ فِي الْمَجْلِسِ ﴾ .

إذا باع ديناً فى الذمة مستقراً لمن هو فى ذمته ـ وقلنا : بصحته ـ فإن كان مما لا يباع به نسيئة ، أو بموصوف فى الذمة : اشترط قبض عوضه فى المجلس . بلا نزاع . وإن كان بغيرهما مما لا يشترط التقابض ـ مثل ما لو قال : بعتك الشعير الذى فى ذمتك بمائة درهم ، أو بهذا العبد ، أو الثوب ونحوه ـ فجزم المصنف

باشتراط قبض العوض فى المجلس أيضاً . وهو أحد الوجهين . جزم به ابن منجا فى شرحه . وقدمه فى الرعاية فى باب القبض والضمان .

قال فى التلخيص : وليس بشىء . انتهى .

والصحيح من المذهب : أنه لايشترط للصحة قبض العوض فى المجلس . قدمه فى المغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وغيرهم . وصححه فى النظم .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِغَيْرِهِ ﴾ .

يعنى لايجوز بيع الدين المستقر لغير من هو فى ذمته . وهو الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يصح . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال ابن رجب فى القاعدة الثانية والخمسين : نص عليه .

وقد شمل كلام المصنف مسألة بيع الصكاك . وهى الديون الثابتة على الناس تكتب فى صكاك . وهو الورق ونحوه .

قال فى القاعدة المذكورة : فإن كان الدين نقدا ، أو بيع بنقد : لم يجز بلا خلاف . لأنه صرف بنسيئة .

وإن بيع بعرض وقبضه فى المجلس ففيه روايتان : عدم الجواز . قال الإمام أحمد رحمه الله : وهو غرر . والجواز . نص عليها فى رواية حرب ، وحنبل ، ومحمد ابن الحكم . انتهى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ الإِقَالَةُ فِى السَّلَمِ ﴾ .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وعنه لايجوز . ذكرها ابن عقيل . وابن الزاغونى ، وصاحب الروضة .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : صحة الإقالة فى المسلم فيه . سواء قلنا : الإقالة فسخ أو بيع . وهو صحيح .

قال فى القواعد الفقهية : قيل : يجوز الإقالة فيه على الطريقتين . وهى طريقة الأكثرين . ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك .

وقيل : إن قيل هى فسخ : صحت الإقالة فيه . وإن قيل هى بيع : لم يصح . وهى طريقة القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب الروضة ، وابن الزاغونى . انتهى .

قلت : جزم بهذه الطريقة فى الرعاية الصغرى ، والحاويين . وقدمها فى الرعاية الكبرى . وتقدم ذلك فى فوائد الإقالة .

فائدة : لو قال فى دين السلم : صالحنى منه على مثل الثمن . فقال القاضى : يصح ويكون إقالة .

وقال ـ هو وابن عقيل ـ لايجوز بيع الدين من الغريم بمثله . لأنه نفس حقه .

قال فى القاعدة التاسعة والثلاثين : فيخرج فى المسألة وجهان . إلتفاتاً إلى اللفظ والمعنى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِي بَعْضِهِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والهادى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفروع ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : يجوز . ويصح . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، والعمدة . وصححه فى الكافى ، والنظم ، والتصحيح ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وهو ظاهر مااختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى .

والرواية الثانية : لايجوز ولا يصح . وصححه فى التلخيص ، وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والخلاصة ، والمستوعب .

قوله ﴿ إِذَا قَبَضَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ أَوْ عِوَضَهُ ﴾ .

يعنى إذا تعذر ذلك فى مجلس الإقالة . يعنى يشترط ذلك فى الصحة . وهذا اختيار أبى الخطاب وغيره . وجزم به ابن منجا فى شرحه .

وقال : صرح به أصحابنا . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والهادى ، والمستوعب . وصححه فى النظم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والصحيح من المذهب : أنه لايشترط قبض رأس مال السلم ولا عوضه ، إن تعذر فى مجلس الإقالة . جزم به فى الوجيز ، والمنور . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

قال فى الفروع : وفى المغنى : لايشترط فى ثمن . لأنه ليس بعوض . ويلزم رد الثمن الموجود . فإن أخذ بدله ثمناً وهو ثمن فصرف ، وإلا فبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض .

قوله ﴿ وَإِذَا انْفَسَخَ العَقْدُ بِإقَالَةٍ أَوْ غَيْرِهَا : لَمْ يَجُزْ أَنْ يأْخُذَ عَنِ الثَّمَنِ عوضًا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ﴾ .

قدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين . وجزم به ابن منجا فى شرحه .

وقيل : يجوز من غير جنسه . وهو ظاهر ماجزم به فى المستوعب .

وقال فى المغنى ، والشرح : إذا أقاله رد الثمن ، إن كان باقياً ، أو مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن لم يكن مثليا .

فإن أراد أن يعطيه عوضا عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن فى عقد آخر حتى يقبضه .

وقال القاضى أبو يعلى : يجوز له أخذ العوض عنه . انتهيا .

وقال فى الفائق : يرجع برأس المال أو عوضه عند الفسخ . فإن كان من غير جنسه ففى جوازه وجهان .

وقال فى موضع آخر : إذا تقايلا السلم : لم يجز أن يشترى برأس المال شيئاً قبل قبضه نص عليه . ولا جعله فى سلم آخر .

وقال فى المجرد : يجوز الاعتياض حالا عنه قبل قبضه . انتهى .

وقال فى الرعاية الكبرى ، فى الإقالة : ويقبض الثمن أو عوضه من غير جنسه فى مجلس الإقالة . وقيل : متى شاء .

وقيل : متى انفسخ بإقالة أو غيرها أخذ ثمنه الموجود .

وقيل : أو بدله من جنسه . وقيل : أو غيره قبل التفرق إن كانا ربويين .

وإن كان الثمن معدوماً أخذ قبل التفرق مثل المثلى . وقيل : أو بدله كغيره .

وقيل : لا يشترى بثمنه غيره قبل قبضه . نص عليه .

وقيل : يجوز أخذ عوضه . ولم يجز قبله سلما فى شىء آخر . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ سَلَمٌ ، وَعَلَيْهِ سَلَمٌ مِنْ جِنْسِهِ . فَقَالَ لِغَرِيمِهِ : اقْبِضْ سَلَمِى لِنَفْسِكَ ، فَفَعَلَهُ : لَمْ يَصِحَّ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ ﴾ .

لأن قبضه لنفسه حوالة به ، والحوالة بالسلم لا تجوز .

قوله ﴿ وَهَلْ يَقَعُ قَبْضُهُ لِلآمِرِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا والفائق .

أحدهما : لا يقع قبضه للآمر . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : يقع قبضه للآمر . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

فعلى المذهب : يبقى المقبوض على ملك المسلم إليه .

فائدة : لو قال الأول للثانى : أحضر اكتيالى منه لأقبضه لك ، ففعل : لم يصح قبضه للثانى . ويكون قابضاً لنفسه على أولى الوجهين . قاله المصنف ، والشارح . وقيل : لا يصح قبضه لنفسه أيضاً . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اقْبِضْهُ لِي ، ثُمَّ اقْبِضْهُ لِنَفْسِكَ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وصححه فى الرعاية الكبرى ، والفروع ، وغيرهما .

وعنه لا يصح . قال فى التلخيص : صار للآمر . وهل يصير مقبوضاً له من نفسه ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَقْبِضُهُ لِنَفْسِي ، وَخُذْهُ بِالْكَيْلِ الَّذِي تُشَاهِدُهُ فَهَلْ يَجُوزُ ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وابن رزين ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى فى الرهن .

إحداهما : يجوز ويصح . ويكون قبضاً لنفسه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس .

الثانية : لا يجوز ولا يصح . ولا يكون قبضاً لنفسه . صححه فى النظم . واختاره أبو بكر ، والقاضى .

قال فى الفروع ، فى باب التصرف فى المبيع : وإن قبضه جزافا ، لعلمهما قدره : جاز . وفى المكيل روايتان . ذكره فى المحرر .

وذكر جماعة فيمن شاهد كيله قبل شرائه روايتين فى شرائه بلا كيل ثان .

وخصهما فى التلخيص بالمجلس ، وإلا لم يجز ، وأن الموزون مثله .

ونقل حرب وغيره : إن لم يحضر هذا المشترى المكيل فلا ، إلا بكيل .

وقال فى الانتصار : ويفرغه فى المكيال ثم يكيله . انتهى كلامه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنِ اكْتَالَهُ وَتَرَكَهُ فِي الْمِكْيَالِ ، وَسَلَّمَهُ إِلَى غَرِيمِهِ ، فَقَبَضَهُ : صَحَّ الْقَبْضُ لَهُمَا ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعاية ، والزركشى ، وغيرهم .

فوائد

منها : لو دفع إليه كيساً ، وقال له : استوف منه قدر حقك ، ففعل . فهل يصح ؟ على وجهين . بناء على قبض الموكل من نفسه لنفسه .

والمنصوص : الصحة فى رواية الأثرم . وهو المذهب . ويكون الباقى فى يده وديعة .

وعلى عدم الصحة : قدر حقه كالمقبوض على وجه السوم ، والباقى : أمانة . ذكره فى التلخيص .

وتقدم ذلك فى أحكام القبض فى آخر باب الخيار فى البيع .

ومنها : لو أذن لغريمه فى الصدقة بدينه الذى عليه عنه ، أو فى صرفه ، أو المضاربة به : لم يصح . ولم يبرأ . على الصحيح من المذهب .

وعنه يصح . بناه القاضى على شرائه من نفسه .

وبناه فى النهاية على قبضه من نفسه لموكله . وفيهما روايتان تقدمتا فى أحكام القبض من نفسه لموكله ، وتأتى المضاربة فى كلام المصنف فى الشركة .

وكذا الحكم لو قال : اعزله وضارب به .

ونقل ابن منصور : لا يجعله مضاربة ، إلا أن يقول : ادفعه إلى زيد ثم يدفعه إليك .

ومنها : لو قال : تصدق عنى بكذا . ولم يقل « من دينى » صح . وكان إقراضاً ، كما لو قال ذلك لغير غريمه . ويسقط من الدين بمقداره للمقاصة . قاله فى المحرر ، والفائق وغيرهما .

ومنها : مسألة المقاصة . وعادة المصنفين : بعضهم يذكرها هنا ، وبعضهم يذكرها فى أواخر باب الحوالة .

والمصنف ـ رحمه الله ـ لم يذكرها رأساً . ولـكن ذكر مايدل عليها فى كتاب الصداق . وهو قوله « وإذا زوج عبده حرة ، ثم باعها العبد بثمن فى الذمة . تحول صداقها أو نصفه ، إن كان قبل الدخول ، إلى ثمنه » .

فنقول : من ثبت له على غريمه مثل ما له عليه قدراً وصفة وحالا ومؤجلاً ، فالصحيح من المذهب : أنهما يتساقطان ، أو يسقط من الأكثر قدر الأقل مطلقاً . جزم به فى المغنى ، والشرح فى هذه المسألة . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب المنور ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق وغيرهم . بل عليه الأصحاب .

وعنه لايتساقطان إلا برضاهما .

قال فى الفائق : وتتخرج الصحة بتراضيهما . وهو المختار .

وعنه يتساقطان برضى أحدهما .

وعنه لايتساقطان مطلقاً .

تنبيه : محل الخلاف : فى غير دين السلم . أما إن كان الدينان أو أحدهما دين سلم : امتنعت المقاصة ، قولاً واحداً . قطع به الأصحاب . منهم صاحب المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

وقال القاضى أبو الحسين فى فروعه : وكذلك لو كان الدينان من غير الأثمان

وقال فى المغنى ، والشرح : من عليها دين من جنس واجب نفقتها ، لم تحتسب به مع عسرتها . لأن قضاء الدين فيما فضل .

ومنها : لو كان أحد الدينين حالا والآخر مؤجلا : لم يتساقط . ذكره الشيرازى فى المنتخب ، والمصنف فى المغنى ، والشارح فى وطء المكاتبة . وذكره المصنف أيضاً ، والشارح فى مسألة الظفر

ومنها : لو قال لغريمه استلف ألفاً فى ذمتك فى طعام ، ففعل ، ثم أذن له فى

قضائه بالثمن الذى له عليه . فقد اشترى لغيره بمال ذلك الغير ، ووكله فى قضاء دينه بما له عليه من الدين .

ومنها : لو قال : أعط فلانا كذا : صح . وكان قرضاً .

وذكر فى المجموع والوسيلة فيه روايتى قضاء دين غيره بغير إذنه .

وظاهر التبصرة : يلزمه إن قال « عنى » فقط ، وإن قاله لغير غريمه : صح إن قال « عنى » وإلا فلا .

ونصر الشريف الصحة . وجزم به الحلوانى .

ومنها : لو دفع لغريمه نقداً ، ثم قال : اشتر به مالك على ، ثم اقبضه لك . صحا نص عليه .

قال فى الرعاية : وإن قال : اشتره لى ، ثم اقبضه لنفسك : صح الشراء . ثم إن قال : اقبضه لنفسك لم يصح قبضه لنفسه .

وفى صحة قبضه للموكل روايتان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية : صح الشراء دون القبض لنفسه .

وإن قال : اقبضه لى ، ثم اقبضه لك : صح . على الصحيح من المذهب . وعنه : لا يصح .

وإن قال : اشتر به مثل مالك علىَّ : لم يصح . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، وغيرهم .

قال فى الفروع : لم يصح . لأنه فضولى .

قال : ويتوجه فى صحته الروايتان فى التى قبلها .

ومنها : لو أراد قضاء دين عن غيره . فلم يقبله ربه ، أو أعسر بنفقة زوجته فبذلها أجنبى : لم يجبرا . وفيه احتمال كتوكيله ، وكتمليكه للزوج والمديون .

ومتى نوى مديون وفاء دين برىء ، وإلا فمتبرع . وإن وفاه حاكم قهراً : كفت نيته إن قضاه من مديون .

وفى لزوم رب دين نية قبض دينه فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب عدم اللزوم .

و إن رد بدل عين فلا بد من النية . ذكره فى الفنون ، واقتصر عليه فى الفروع

تنبيه : عادة بعض المصنفين : ذكر مسألة قبض أحد الشريكين من الدين المشترك فى التصرف فى الدين . منهم صاحب المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وذكرها فى النظم ، والرعايتين ، والحاويين وغيرهم فى آخر باب الحوالة .

وذكرها المصنف ، والشارح فى باب الشركة .

فنذكرها هناك ، ونذكر ما يتعلق بها من الفروع إن شاء الله تعالى .

وعادة المصنفين أيضاً : ذكر مسألة البراءة من الدين ، والبراءة من المجهول : هنا . ولم يذكرها المصنف هنا . وذكر البراءة من الدين فى باب الهبة . فنذكرها هناك وما يتعلق بها من الفروع إن شاء الله تعالى .

قوله ﴿ وَإِنْ قبَضَ الْمُسْلَمَ فِيهِ جُزَافًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِى قَدْرِهِ ﴾ .

متى قبضه جزافاً ، أو ما هو فى حكم المقبوض جزافاً : أخذ منه قدر حقه ، و يرد الباقى إن كان . و يطالب بالبعض إن كان .

وهل له أن يتصرف فى قدر حقه بالكيل قبل أن يعتبره كله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : يصح التصرف فى قدر حقه منه . قدمه ابن رزين فى شرحه عند كلام الخرقى فى الصبرة .

والوجه الثانى : لا يجوز ، ولا يصح . وهو ظاهر ما جزم به فى الرعاية الكبرى ، والحاوى الكبير وجزم به القاضى فى المجرد .

ولو اختلفا فى قدر ما قبضه جزافاً ، فالقول قول القابض بلا نزاع .

لكن هل يده يد أمانة ، أو بضمنه لمالكه ، لأنه قبضه على أنه عوض عما له ؟ فيه قولان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب أنه يضمنه :

ثم إنه فى الكافى علل القول بجواز التصرف فى قدر حقه بأنه قدر حقه ، وقد أخذه ودخل فى ضمانه .

وقال فى التلخيص : لو دفع إليه كيساً ، وقال : اتزن منه قدر حقك : لم يكن قابضاً قدر حقه قبل الوزن . و بعده فيه الوجهان .

وعلى انتفاء الصحة : يكون فى حكم المقبوض للسوم ، والكيس و بقية مافى يده أمانة كالوكيل .

وفى طريقة بعض الأصحاب ، فى ضمان الرهن : لو دفع إليه عينا . وقال : خذ حقك منها ، تعلق حقه بها ، ولا يضمنها إذا تلفت .

قال : ومن قبض دينه ثم بان لا دين له : ضمنه .

قال : ولو اشترى به عيناً ، ثم بان لا دين له بطل البيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَبَضَهُ كَيْلاً أَوْ وَزْناً ، ثُمَّ ادَّعَى غَلَطًا : لَمْ يُقْبَلْ قَولُه فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والمغنى ، والكافى والمذهب الأحمد ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يقبل . صححه فى التصحيح .

قال فى الخلاصة : لم يقبل فى الأصح .

قال فى تجريد العناية : لا يقبل قوله فى الأظهر . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : يقبل قوله إذا ادعى غلطاً ممكنا عرفا . صححه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وتصحيح المحرر . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، والمنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى إدراك الغاية .

قلت : والنفس تميل إلى ذلك ، مع صدقه وأمانته .

فائدة : وكذا حكم ماقبضه من مبيع غيره ، أو دين آخر ، كقرض وثمن مبيع وغيرهما ، خلافاً ومذهباً . قاله فى الرعاية وغيرها .

قوله ﴿ وَهَلْ يَجُوزُ الرَّهْنُ وَالْكَفِيلُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والهادى ، والشرح ، وشرح ابن منجا . وأطلقهما فى المحرر فى الرهن وفى الكفيل فى بابه . وأطلقهما فى المستوعب ، والكافى ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، والحاوى الكبير فى الكفيل فى بابه .

إحداهما : لا يجوز . وهو المذهب . جزم به الخرقى ، وابن البنا فى خصاله وصاحب المبهج ، والإيضاح ، وناظم المفردات .

قال فى الخلاصة : لايجوز أخذ الرهن ، وإلا كفل به على الأصح .

واختاره أبو بكر فى التنبيه ، وابن عبدوس تلميذ القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وإليه ميل الشارح . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين فى هذا الباب ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وإدراك الغاية وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

والرواية الثانية : يجوز ويصح . نقلها حنبل . وصححه فى التصحيح ، والرعاية ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . واختاره المصنف . وحكاه القاضى فى روايتيه عن أبى بكر .

قال الزركشى : وهو الصواب . قال : وفى تعليلهم على المذهب نظر .

قال الناظم : هذا الأولى .

قال الأدمى فى منتخبه : ويصح الرهن فى السلم .

فعلى المذهب : لا يجوز الرهن برأس مال السلم . قدمه فى المستوعب ،

والرعايتين ، والحاويين . وعزاه المجد فى شرحه إلى اختيار القاضى فى المجرد فى أول الرهن . نقله فى تصحيح المحرر .

وعنه : يجوز ويصح . صححه فى الرعاية الكبرى فى آخر باب السلم .

وقال فى باب الرهن : ويصح الرهن برأس مال السلم على الأصح .

قال فى الوجيز : ويجوز شرط الرهن والضمين فى السلم ، والقرض . وأطلقهما فى التلخيص ، والترغيب .

وحكى فى الفروع كلام صاحب الترغيب واقتصر عليه .

باب القرض

فائدتان

إحداهما : يشترط فى صحة القرض : معرفة قدره بقدر معروف ووصفه . ويأتى قرض الماء ، وأن يكون المقرض ممن يصح تبرعه . ويأتى : هل للولى أن يقرض من مال المولَّى عليه ؟ .

الثانية : « القرض » عبارة عن دفع مال إلى الغير لينتفع به ويرد بدله . قاله شارح المحرر .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ فِي كُلِّ عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا إِلاَّ بَنِي آدَمَ وَالْجَوَاهِرَ وَنَحْوَهُمَا مِمَّا لاَ يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ فِيهِمَا ﴾ .

أما قرض بنى آدم : فأطلق المصنف فى صحة قرضه وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والكافى ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب . وصححه فى التصحيح .

قال فى تجريد العناية : لا يصح قرض آدمى فى الأظهر . واختاره القاضى

وغيره . وجزم به فى المذهب الأحمد ، والوجيز ، ونهاية ابن رزين ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني : يصح مطلقاً .

وقيل : يصح فى العبد دون الأمة . وهو ضعيف . وقدمه فى النظم . وأطلقهن فى الشرح ، والفائق .

وقيل : يصح فى الأمة إذا كانت غير مباحة للمقترض .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : يصح قرض الأمة لمحرمها . وجزم بأنه لا يصح لغير محرمها .

وأما قرض الجواهر ونحوها مما يصح بيعه ، ولا يصح السلم فيه : فأطلق المصنف فى صحته وجهين . وأطلقهما في المذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح . اختاره القاضى فى المجرد ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وتجريد العناية . وصححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

فعليه : يرد المقترض القيمة على ما يأتى .

والوجه الثانى : لا يصح . جزم به فى المنور ، وتذكرة ابن عبدوس ، ومنتخب الأدمى ، والمذهب الأحمد . وصححه فى النظم . وقدمه فى الخلاصة ، وشرح ابن رزين ، والرعايتين . واختاره أبو الخطاب فى الهداية .

قال فى التلخيص : أصل الوجهين فى المتقومات : القيمة أو المثل ، على روايتين يأتيان .

فائدة : قال فى الفروع : ومن شأن القرض : أن يصادف ذمة لا على ما يحدث . ذكره فى الانتصار .

وفى الموجز : يصح قرض حيوان ، وثوب لبيت المال ، ولآحاد المسلمين .

فعلى الأول : لا يصح قرض جهة ، كالمسجد والقنطرة ونحوه مما لا ذمة له .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « ويصح فى كل عين يجوز بيعها » أنه لا يصح قرض المنافع . لأنها ليست بأعيان .

قال فى الانتصار : لا يجوز قرض المنافع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب حيث قالوا : ما صح السلم فيه صح قرضه ، إلا ما استثنى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز قرض المنافع ، مثل أن يحصد معه يوماً ويحصد معه الآخر يوماً ، أو يسكنه الآخر دارا ليسكنه الآخر بدلها .

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَيَثْبُتُ المِلْكُ فِيهِ بِالقَبْضِ ﴾ .

أنه لا يثبت الملك فيه قبل قبضه . وهو أحد الوجهين . جزم به المصنف فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن المنجا . قال فى الهداية : والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر وغيرهم . ويملكه المقترض بقبضه . انتهوا .

والصحيح من المذهب : أنه يتم بقبوله ، ويملكه بقبضه .

قال فى الفروع : ويتم بقبوله . قال جماعة : ويملك .

وقيل : يثبت ملكه بقبضة كهبة . وله الشراء من مقترضه . نقله مهنا . انتهى

قال فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم : ويتم بالقبول . ويملكه بقضبه .

وقال فى القاعدة التاسعة والأربعين : القرض ، والصدقة ، والزكاة وغيرها فيه طريقان .

أحدهما : لا يملك إلا بالقبض ، رواية واحدة . وهى طريقة المجرد ، والمبهج . ونص عليه فى مواضع .

والثانية : لا يملك المبهم بدون القبض ، ويملك المعين بالقبض . وهى طريقة القاضى فى خلافه ، وابن عقيل فى مفرداته ، والحلوانى ، وابنه ، إلا أنهما حكيا فى المعين روايتين . انتهى .

وأما اللزوم : فإن كان مكيلا أو موزونا ،فبكيله أو وزنه . وإن كان غير ذلك ففيه روايتان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : حكم المعدود والمذروع : حكم المكيل والموزون . والصحيح : أنه لا يلزم إلا بالقبض .

وجزم فى التلخيص أنه يجوز التصرف فيه إذا كان معينا .

وكذا جزم به فى الرعاية الكبرى فى باب القبض والضمان .

قوله ﴿ فَلاَ يَمْلِكُ الْمُقْرِضُ اسْتِرْجَاعَهُ . وَلَهُ طَلَبُ بَدَلِهِ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ فَإِنْ رَدَّهُ الْمُقْتَرِضُ عَلَيْهِ لَزِمَهُ قَبُولَه ﴾ .

إن كان مثليا لزمه قبوله . بلا نزاع . وإن كان غير مثلى ، فظاهر كلام المصنف : أنه يلزمه قبوله أيضاً . وهو أحد الوجهين . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والنظم ، ومنتخب الأدمى وغيرهم . لإطلاقهم الردّ .

قال شارح المحرر : وأصحابنا لم يفرقوا بينهما . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين .

وقيل : لا يلزمه قبوله ، لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين . فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه . وهو ظاهر كلامه فى المحرر وغيره .

قال شارح المحرر : ولم أجد ما قال فى كتاب آخر . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن له رده ، سواء رخص السعر أو غلا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يلزمه القيمة إذا رخص السعر .

قوله ﴿ مَالَمْ يَتَعَيَّبْ ، أَوْ يَكُنْ فُلُوسَاً ، أَوْ مُكَسَّرَةً . فَيُحَرِّمها السُّلْطَانُ ﴾ .

فالصحيح من المذهب : أن له القيمه أيضاً ، سواء اتفق الناس على تركها أو لا . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به كثير منهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين .

وقال القاضى : إن اتفق الناس على تركها فله القيمة . وإن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها ، لزمه أحدها .

قوله ﴿ فَيَكُونُ لَهُ القِيمَةُ وَقْتَ القَرْضِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الإرشاد ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والوجيز ، وشرح ابن رزين ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم . واختاره القاضى وغيره .

وقيل : له القيمة وقت تحريمها . قاله أبو بكر فى التنبيه .

وقال فى المستوعب : وهو الصحيح عندى .

قال فى الفروع وغيره : والخلاف فيما إذا كانت ثمناً .

وقيل : له القيمة وقت الخصومة .

فائدتان

إحداهما : قوله « فيكون له القيمة » اعلم أنه إذا كان مما يجرى فيه ربا الفضل .

فإنه يعطى مما لايجرى فيه الربا . فلو أقرضه دراهم مكسرة ، فحرمها السلطان : أعطى قيمتها ذهباً ، وعكسه بعكسه . صرح به فى الإرشاد ، والمبهج . وهو واضح .

قال فى الفروع : فله القيمة من غير جنسه .

الثانية : ذكر ناظم المفردات هنا مسائل تشبه مسألة القرض . فأحببت أن أذكرها هنا لعظم نفعها ، وحاجة الناس إليها . فقال :

والنقد فى المبيع حيث عُينا	وبعـــد ذا كسادهُ تبينا
نحو الفـلوس ، ثم لايعـامل	بها . فمنه عندنا لايقبـــل
بل قيمة الفلوس يوم العقـــد	والقرض أيضاً ، هـكذا فى الرد
ومثـــله من رام عود الثمن	برده المبيـــع . خذ بالأحسن
قد ذكر الأصحاب ذا فى ذى الصور	والنص فى القرض عيانا قد ظهر
والنص فى القيمـة فى بطلانها	لافى ازدياد القـدر أو نقصانها
بل إن غلت فالمثـل فيها أحرى	كدانق عشرين صار عشرا
والشيخ فى زيادة أو نقص	مثلا كقرض فى الغـلا والرخص
وشيخ الإسـلام فتى تيميَّـة	قال : قياس القرض عن جلية
الطرد فى الديون كالصداق	وعوض فى الخلع والإعتـاق
والغصب والصلح عن القصـاص	ونحو ذا طُراً بلا اختصـاص
قال: وفيه جاء فى الدين نص مطلق	حرره الأثرم ، إذ يحقق
وقولهم : إن الـكساد نقصاً	فذاك نقص النوع عابت رخصا
قال : ونقص النوع ليس يعقل	فيما سوى القيمـة ، ذا لايجهـل
وخرج القيمـة فى المثـلى	بنقص نوع ليس بالخـــفى
واختـاره ، وقال عـدل ماضى	خوف انتظار العسر بالتقاضى
لحاجة الناس إلى ذى المسألة	نظمتهـــا مبسوطة مطولة

قوله ﴿ وَيَجِبُ رَدُّ المِثْلِ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ ، وَالقِيمَةِ فِي الْجَوَاهِرِ ونحوهَا ﴾ .

يجب رد المثل فى المكيل والموزون بلا نزاع ، لكن لو أعوز المثل فيهما لزمه قيمته يوم إعوازه . ذكره الأصحاب .

وقال فى المستوعب : ولو اقترض حنطة ، فلم تكن عنده وقت الطلب ، فرضى بمثل كيلها شعيراً : جاز . ولا يجوز أخذ أكثر .

وأما الجواهر ونحوها : فيجب رد القيمة . على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم يوم قبضه .

وقيل : يجب رد مثله جنسا وصفة وقيمة .

قوله ﴿ وَفيمَا سِوَى ذَلِكَ ﴾ .

يعنى فى المذروع والمعدود ، والحيوان ونحوه ﴿ وجهان ﴾ وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية .

أحدهما : يرد بالقيمة . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، ونهاية ابن رزين ، ومنتخب الأدمى ، والتسهيل ، والمذهب الأحمد. وقدمه فى الخلاصة ، والهادى ، وشرح ابن رزين ، والرعايتين ، والزبدة .

والوجه الثانى : يجب رد مثله من جنسه بصفاته . وإليه ميله فى الكافى ، والمغنى ، والشرح وهو ظاهر كلامه فى العمدة .

فعلى الأول : يرد القيمة يوم القرض . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، والفروع ، وغيرهم .

وعلى الثانى : يعتبر مثله فى الصفات تقريباً . فإن تعذر المثل : فعليه قيمته يوم التعذر .

فائدتان

إحداهما : لو اقترض خبزاً أو خميراً عدداً ، ورد عدداً بلاقصد زيادة : جاز ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

وعنه : بل مثله وزناً . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

وقال فى الرعاية : وقيل يرد مثله عددا ، مع تحرى التساوى والتماثل ، بلا وزن ولا مواطأة

الثانية : يصح قرض الماء كيلا . ويصح قرضه للسقى ، إذا قُدِّر بأنبوبة . ونحوها . قاله فى الرعايتين ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس .

وسأله أبو الصقر عن عين بين أقوام لهم نوائب فى أيام : يقترض الماء من صاحب نوبة الخميس للسقى به ، ويرد عليه يوم السبت ؟ قال: إذا كان محدوداً ، يعرف كم يخرج منه ، فلا بأس . وإلا أكرهه .

قوله ﴿ وَيَثْبُتُ القَرْضُ فِي الذِّمَّةِ حَالاًّ ، وَإِنْ أَجَّلَه ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية يوسف بن موسى ، وأخيه الحسين . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

واختار الشيخ تقى الدين : صحة تأجيله ، ولزومه إلى أجله ، سواء كان قرضاً أو غيره . وذكره وجها .

قلت : وهو الصواب . وهو مذهب مالك ، والليث . وذكره البخارى فى صحيحه عن بعض السلف .

وقال فى الرعاية : وقيل : إن كان دينه من قرض أو غصب : جاز تأجيله إن رضى .

وخرج رواية من تأجيل العارية ، ومن إحدى الروايتين فى صحة إلحاق الأجل والخيار بعد لزوم العقد .

فائدة : وكذا الحكم فى كل دين حل أجله : لم يصر مؤجلا بتأجيله .

فعلى المذهب ، فى أصل المسألة : يحرم التأجيل . على الصحيح من المذهب . قطع به أبو الخطاب وغيره . وصححه فى الفروع .

قال الإمام أحمد رحمه الله : القرض حال . و ينبغى أن يفى بوعده .

وقيل : لايحرم تأجيله . وهو الصواب .

و يأتى آخر الباب وجوب أداء ديون الآدميين على الفور فى الجملة .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ مَا يَجُرُّ نَفْعًا ، نحو أَنْ يُسْكِنَهُ دَارَهُ ، أَوْ يَقْضِيَهُ خَيْرًا مِنْهُ ، أَوْ فى بَلَدٍ آخرَ ﴾ .

أما شرط مايجُرُّ نفعاً ، أو أن يقضيه خيراً منه : فلا خلاف فى أنه لايجوز .

وأما إذا شرط أن يقضيه ببلد آخر : فجزم المصنف هنا : أنه لايجوز . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو الصحيح . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين ، والهداية ، والمستوعب .

قال المصنف هنا ﴿ و يَحْتَمِلُ جوازُ هذا الشَّرْطِ ﴾ وهو عائد إلى هذه المسألة فقط . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . واختاره المصنف ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وصححه فى النظم ، والفائق . وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى .

وأطلق المصنف الجواز فيما إذا لم يكن لحمله مؤنة ، وعدمه فيما لحمله مؤنة . وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

وعنه الكراهة إن كان لبيع .

وعنه لابأس به على وجه المعروف .

فعلى الأول ، فى فساد العقد : روايتان . وأطلقهما فى المستوعب ، والتلخيص ،

والفروع ، والرعايتين ، والحاويين . وجزم ابن عبدوس فى تذكرته بالفساد .

قلت : الأولى عدم الفساد .

فائدة : لو أراد إرسال نفقة إلى أهله ، فأقرضها رجلا ليوفيها لهم : جاز .

وقيل : لا يجوز . ذكره فى الرعاية الصغرى وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، أَوْ قَضَى خَيْرًا مِنْهُ ﴾ يعنى بغير مواطأة نص عليه ﴿ أَوْ أَهْدَى لَهُ هَدِيَّةً بَعْدَ الوَفَاء : جَازَ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . قال فى الفروع : صح على الأصح . وكذا قال فى الخلاصة ، والنظم . وصححه فى الثانية والثالثة فى الفائق . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وجزم به فى المذهب ، والفائق فيما إذا فعله بغير شرط . وقدمه فى الجميع فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

وعنه لا يجوز . وأطلقهما فى التلخيص . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب فيما إذا أهدى له هدية بعد الوفاء ، أو زاده .

وجزم الحلوانى أن يأخذ أجود مع العادة .

فائدتان

إحداهما : لو علم أن المقترض يزيده شيئاً على قرضه ، فهو كشرطه . اختاره القاضى . وجزم به فى الحاوى الصغير . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : يجوز . اختاره المصنف ، والشارح .

وفى الحاوى الكبير ، وقالوا : لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام كان معروفاً بحسن الوفاء . فهل يسوغ لأحد أن يقول : إن إقراضه مكروه ؟ وعللوه بتعليل جيد . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قلت : وهو الصواب . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى الفائق ، والفروع .

وقيل : إن زاد مرة فى الوفاء ، فزيادة مرة ثانية محرمة . ذكره فى النظم .

الثانية : شرط النقص كشرط الزيادة . على الصحيح من المذهب . جزم به في المغني ، والشرح ، والحاويين وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والرعايتين .

وقيل : يجوز . قال في الفروع : ويتوجه أنه فيما لا ربا فيه .

قلت : قال المصنف ، والشارح : وإن شرط في القرض أن يوفيه أنقص ، وكان مما يجري فيه الربا : لم يجز ، وإن كان في غيره : لم يجز أيضاً .

وقال ابن رزين في شرحه : وإن شرط أن يوفيه أنقص ، وهو مما يجري فيه الربا : لم يجز ، وإلا جاز . وقيل : لا يجوز .

فائدة : لو أقرض غريمه ليرهنه على ماله عليه وعلى المقرض : ففي صحته روايتان . وأطلقهما في الفروع ، والرعاية الكبرى ، والمستوعب .

قال في الحاوي الكبير : لو قال صاحب الحق : أعطني رهنا ، وأعطيك مالاً تعمل فيه وتقضيني : جاز . وكذا قال أيضاً في الرعاية الكبرى . وجزم به في موضع .

قوله ﴿ وَإنْ فَعَلَهُ قَبْلَ الوَفَاءِ لَمْ يَجُزْ ، إلاّ أَنْ تَكُونَ العَادَة جَارِيَةً بينهما قَبْلَ القَرْضِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وعنه : يجوز .

تنبيه : قوله « لم يجز » يعني لم يجز أخذه مجاناً . فأما إذا نوى احتسابه من دينه ، أو مكافأته : جاز . نص عليه . وكذلك الغريم . فلو استضافه حسب له ما أكله . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وقال في الفروع : ويتوجه لا يحسب له .

قلت : ينبغي أن ينظر . فإن كان له عادة بإطعام من أضافه لم يحسب له وإلا حسب .

قال في الفروع : وظاهر كلامه : أنه في الدعوات كغيره .

فوائد

منها : لو أقرض لمن له عليه دين ليوفيه كل وقت شيئاً : جاز . نقله مهنا ، وجزم به المصنف وغيره .

ونقل حنبل : يكره . واختاره فى الترغيب .

ومنها : لو أقرض فلاحه فى شراء بقراً وبذر بلا شرط : حرم عند الإمام أحمد . واختاره ابن أبى موسى . وجوزه المصنف . وصححه فى النظم ، والرعاية الصغرى . وقدمه فى الفائق ، والرعاية الكبرى .

وإن أمره ببذره ، وأنه فى ذمته ـ كالمعتاد فى فعل الناس ـ ففاسد . له تسمية المثل . ولو تلف لم يضمنه . لأنه أمانة . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ومنها : لو أقرض من عليه بر يشتريه به ويوفيه إياه . فقال سفيان : مكروه أمرٌ بيِّنٌ .

قال الإمام أحمد رحمه الله : جَوَّد .

وقال فى المستوعب : يكره . وقال فى المغنى ، والشرح : يجوز .

ومنها : لو جعل له جعلاً على اقتراضه له لجاهه : صح . لأنه فى مقابلة ما بذله من جاهه فقط . ولو جعل له جعلا على ضمانه له : لم يجز . نص عليهما . لأنه ضامن . فيكون قرضاً جر منفعة . ومنع الأزجى فى الأولى أيضا .

قوله ﴿وَإِنْ أَقْرَضَهُ أَثْمَانًا﴾ وكذا لو غصبه أثمانا ﴿فَطَالَبَهُ بِهَا بِبَلَدٍ آخَرَ : لَزِمَتْهُ﴾ .

مراده : إذا لم يكن لحملها على المقترض مؤنة . فلو أقرضه أثمانا كثيرة ، ولحملها مؤنة على المقترض ، وقيمتها فى بلد القرض أنقص : لم يلزمه ، بل يلزمه إذن قيمته فيه فقط .

وقولى « ولحملها مؤنة » قدمه فى الفروع . وأطلق أكثر الأصحاب لزوم الرد فى الأثمان . كالمصنف هنا .

وصرح في المستوعب : أن الأثمان لا مؤنة لحملها .

والظاهر : أنهم أرادوا في الغالب . والتحقيق ما قاله في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقْرَضَهُ غَيْرَهَا : لَمْ تَلْزَمْهُ . فَإِنْ طَالَبَهُ بِالْقِيمَةِ لَزِمَهُ أَدَاؤُهَا ﴾ .

ظاهره : أنه سواء كان لحمله مؤنة أو لا . أما إن كان لحمله مؤنة : فلا يلزمه . وإن كان ليس لحمله مؤنة ، فظاهر كلامه : أنه لا يلزمه أيضاً . وقدمه في الرعايتين ، والحاويين .

والصحيح من المذهب : أن حكمه حكم الأثمان . وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم . وهو مراد المصنف هنا . وكلامه جار على الغالب .

تنبيه : ذكر المصنف ، والشارح ، وصاحب الخلاصة ، وجماعة : ما لحمله مؤنة لا يلزم المقترض بذله ، بل قيمته . وما ليس له مؤنة يلزمه .

وذكر صاحب النظم ، والرعايتين ، والوجيز ، والفائق وغيرهم — وقدمه في الفروع — : لو طلب المقرض من المقترض بدله في بلد آخر : لزمه ، إلا إذا كان لحمله مؤنة إذا كان ببلد المقرض أنقص قيمة . فلا يلزمه سوى قيمته فيه .

قال شارح المحرر : إن لم يكن لحمله مؤنة — وهو في بلد القرض بمثل ثمنه ، أو أعلى منه في ذلك البلد — لزمه رد بدله . وإن كان لحمله مؤنة ، فإن كان في بلد القرض أقل قيمة : لم يجب رد البدل ، ووجبت القيمة ، وإن كان في بلد القرض بمثل قيمته ، أو أكثر أمكنه أن يشتري في بلد المطالبة مثلها ويردها عليه .

فوائد

أحدها : أداء ديون الآدميين واجب على الفور عند المطالبة . قطع به الأصحاب ، وبدون المطالبة لا يجب على الفور . على الصحيح من المذهب .

قال في القواعد الأصولية : هذا المذهب . وقاله أبو المعالي ، والسامري ، وغيرهما . وقدمه في الفروع في أول الفلس .

قال الشيخ زين الدين بن رجب : محل هذا : إذا لم يكن عين له وقتا للوفاء . فأما إن عين له وقتا للوفاء ـ كيوم كذا ـ فلا ينبغى أن يجوز تأخيره . لأن تعين الوفاء فيه كالمطالبة .

قال فى القواعد الأصولية ، قلت : و ينبغى أن يكون محل جواز التأخير : إذا كان صاحب المال عالمًا بأنه يستحق فى ذمته الدين . وأما إذا لم يكن يعلم فيجب إعلامه . انتهى .

والوجه الثاني : يجب على الفور من غير مطالبة . قاله القاضى فى الجامع ، والمصنف فى المغنى فى قسم الزوجات : أنه يجب على الفور . ذكراه محل وفاق .

الثانية : لو بذل المقترض للمقرض ماعليه من الدين فى بلد آخر . فلا يخلو : إما أن يكون لحمله على المقرض مؤنة ، أو لا . فإن كان لحمله مؤنة : لم يلزم المقرض أخذها . و إن لم يكن لحمله مؤنة ، فلا يخلو : إما أن يكون البلد والطريق آمنان[1] أولا . فإن كانا آمنين : لزمه أخذه . بلا نزاع .

قلت : لو قيل : بعدم اللزوم لم يكن بعيداً . لأنه قد يتجدد عدم الأمن ، و إن كانا غير آمنين لم يلزمه أخذه .

الثالثة : لو بذل الغاصب بدل المغصوب التالف فى غير بلد المغصوب منه . فحكمه حكم بذل المقترض للمقرض فى بلده . على ماتقدم . و إن كان غير تالف . لم يجبر على قبضه مطلقاً .

---

(١) كذا بخط المصنف « آمنان »

باب الرهن

فوائد

إحداها : «الرهن» عبارة عن توثقة دين بعين يمكن أخذه من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيره . قال الزركشى : توثقة دين بعين أو بدين على قول .

الثانية : «المرهون» عبارة عن كل عين جعلت وثيقة بحق يمكن استيفاؤه منها .

الثالثة : لا يصح الرهن بدون إيجاب وقبول . أو مايدل عليهما .

قال فى الرعاية — من عنده — وتصح بالمعاطاة .

الرابعة : لابدمن معرفة الرهن ، وقدره ، وصفته ، وجنسه . قاله فى الرعاية .

الخامسة : يصح أخذ الرهن على كل دين واجب فى الجملة . وهنا مسائل فيها خلاف .

منها : دين السلم . وقد تقدم الخلاف فيه . والصحيح من المذهب .

ومنها : الأعيان المضمونة ، كالمغصوب ، والعوارى ، والمقبوض على وجه السوم ، أو فى بيع فاسد . وفى صحة أخذ الرهن عليها وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لايصح . قال فى الكافى : هذا قياس المذهب . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قال فى الفائق ، قلت : وعليه يخرج الرهن على عوارى الكتب للوقف ونحوها

والوجه الثانى : يصح أخذ الرهن بذلك .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

قلت : وهو أولى .

وأما رهن هذه الأشياء : فيصح بلا نزاع .

ومنها : الدية التى على العاقلة قبل الحول . ففى صحة أخذ الرهن عنها وجهان .
وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب . جزم به فى الكافى ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يصح .

قال فى الرعاية ، وقيل : يصح إن صح الرهن بدين قبل وجوبه . انتهى .

وأما بعد الحول : فيصح قولا واحداً .

ومنها : دين الكتابة . وفيه وجهان . وفى الموجز : روايتان .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح المحرر ، والزبدة .

أحدهما : لا يصح أخذ الرهن به . وهو المذهب . جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والمحرر ، وشرحه ، والبلغة ، وتذكرة ابن عقيل ، والإيضاح ، وتذكرة ابن رزين ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يصح .

وقيل : إن جاز أن يعجز المكاتب نفسه : لم يصح . وإلا صح .

ومنها : هل يجوز أخذ الرهن على الجعل فى الجعالة قبل العمل ؟ على وجهين .
وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والنظم .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والكافى ، والمغنى ، والشرح . وقالا : هذا أولى .

والوجه الثانى : يصح . وهو احتمال القاضى .

وأما بعد العمل : فيصح أخذ الرهن قولا واحداً .

ومنها : هل يصح أخذ الرهن على عوض المسابقة ؟ فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح . وقطع به كثير من الأصحاب ، لأنها جعالة . ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب .

وقال بعض الأصحاب : فيها وجهان . هل هى إجارة ، أو جعالة ؟ .

فإن قلنا : هى إجارة . صح أخذ الرهن بعوضها .

وقال القاضى : إن لم يكن فيها محلل ، فهى جعالة . وإن كان فيها محلل ، فعلى وجهين .

قال المصنف ، والشارح : وهذا كله بعيد . ذكروه فى آخر السلم .

السادسة : لا يصح الرهن بعهدة المبيع ، ولا بعوض غير ثابت فى الذمة . كالثمن المعين ، والإجارة المعينة فى الإجارة ، والمعقود عليه فى الإجارة إذا كان منافع معينة . مثل إجارة الدار ، والعبد المعين ، والجمل المعين مدة معلومة ، أو لحمل شىء معين إلى مكان معلوم .

فأما إن وقعت الإجارة على منفعة فى الذمة . كخياطة ثوب و بناء دار ، ونحو ذلك : صح أخذ الرهن عليه .

السابعة : يصح عقد الرهن من كل من يصح بيعه .

قال فى الترغيب وغيره : وصح تبرعه .

وفى المستوعب وغيره : لولىٍّ رهنه عند أمين لمصلحة ، كحل دين عليه .

قال فى الرعاية : يصح ممن له بيع ماله والتبرع به . فلا يصح من سفيه ومفلس ومكاتب وعبد ، ولو كان مأذوناً لهم فى تجارة ونحوهم .

قوله ﴿ يَجُوزُ عَقْدُهُ مَعَ الْحَقِّ وَبَعْدَهُ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَلاَ يَجُوزُ قَبْلَهُ ﴾ على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال أبو الخطاب : يجوز قبله . وقال : ويحتمله كلام الإمام أحمد رحمه الله . وأطلقهما فى الحاويين .

فائدة : تجوز الزيادة فى الرهن ، ويكون حكمها حكم الأصل . ولا يجوز زيادة دين الرهن ، لأنه رهن مرهون .

قال القاضى وغيره : كالزيادة فى الثمن . وهذا المذهب فيهما . وقطع به الأصحاب

وقال فى الروضة : لايجوز تقوية الرهن بشىء آخر بعد عقد الرهن . ولا بأس بالزيادة فى الدين على الرهن الأول .

قال فى الفروع : كذا قال .

ويأتى آخر الباب : أن المرتهن لو فدا الرهن الجانى ، وشرط جعله رهناً بالفداء مع الدين الأول : هل يصح أم لا ؟

فعلى الصحة : يكون كالمستثنى من هذه المسألة .

قوله ﴿وَيَجُوزُ رَهْنُ كُلِّ عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، إلاّ المـكَاتَبَ ، إذَا قُلْنَا : اسْتِدَامَةُ القَبْضِ شَرْطٌ : لَمْ يَجُزْ رَهْنُهُ﴾ .

يصح رهن كل عين يجوز بيعها فى الجملة . وهنا مسائل فيها خلاف .

منها : المـكاتب ، ويصح رهنه إذا قلنا : يصح بيعه . على الصحيح من المذهب .

قال القاضى : قياس المذهب صحة رهنه .

قال فى الرعاية : هذا المذهب . وجزم به فى الفائق ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايصح رهنه ، وإن قلنا : بصحة بيعه ، إذا اشترطنا استدامة القبض فى الرهن . وهو الذى جزم به المصنف هنا . وصححه فى المغنى . وجزم به فى الوجيز ، والنظم . وقدمه فى الشرح .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاويين : ويصح رهن المـكاتب إن جاز بيعه ، ولم يلزم بقاء القبض .

فعلى المذهب : يمكّن من الكسب كما قبل الرهن .

وأما أداؤه : فهو رهن معه . فان عجز ثبت الرهن فيه وفى أكسابه . وإن عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهناً .

ومنها : العين المؤجرة ، ويصح رهنها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقيل : لا يصح .

ومنها : ما قاله المصنف ، وهو قوله ﴿ وَيجُوزُ رَهْنُ ما يُسْرِعُ إليه الفَسَادُ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ . ويُباعُ ويُجْعَلُ ثمَنَهُ رَهْناً ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع ، وغيرهم . وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما

وفيه وجه : أنه لا يصح . ذكره القاضى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُشَاعِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وخرج عدم الصحة .

فائدة يجوز رهن حصته من معين ، مثل : أن يكون له نصف دار . فيرهن نصيبه من بيت منها . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه . وصححه فى الفائق . وقدمه ابن رزين .

وقيل : لا يصح رهن حصته من معين من شىء يمكن قسمته . وهو احتمال للقاضى . وجزم فى التلخيص لغير الشريك . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية : ولا يصح رهن حقه من بيت معين من دار مشتركة تنقسم . وفيه احتمال . وإن رهنه عند شريكه فاحتمالان ، وإن لم تنقسم صح .

وقيل : إن لزم الرهن بالعقد صح . وإلا فلا . انتهى .

والوجهان الأولان فى بيعه أيضاً . وأطلقهما فى الفروع .

وقال فى الانتصار : لا يصح بيعه . نص عليه .

وقطع فى المغنى والشرح بصحة بيعه . وهو المذهب .

فعلى المذهب : لو اقتسما ، فوقع المرهون لغير الراهن : فهل يلزم الراهن بدله أو رهنه لشريكه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب إلزامه ببدله ، أو رهنه لشريكه .

وقطع المصنف ، والشارح : بأن الراهن ممنوع من القيمة فى هذه الصورة .

قلت : فيعايى بها .

فائدة قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَلَفَا ﴾ أى الشريك والمرتهن فى كونه فى يد أحدهما أو غيرهما ﴿ جَعَلَهُ الْحَاكِمَ فِي يَدِ أَمِينٍ ، أَمَانَةً أَوْ بِأُجْرَةٍ ﴾ .

بلا نزاع .

لكن هل للحاكم أن يؤجره ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : له إجارته . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وغيرهم .

والثانى : لا يجوز له . وهو الصواب .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ رَهْنُ المبيعِ ـ غَيْرِ المَكِيلِ وَالموْزُونِ ـ قَبْلَ قَبْضِهِ إلاَّ عَلَى ثَمَنِهِ . فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا أراد رهن المبيع للغير ، فلا يخلو : إما أن يكون قبل قبضه أو بعده . فإن كان بعد قبضه : جاز بلا نزاع . وإن كان قبل قبضه ، فلا يخلو : إما أن يكون مكيلا أو موزونا ، وما يلحق بهما ، من المعدود والمذروع ، أو غير ذلك .

فإن كان غير هذه الأربعة ، فلا يخلو : إما أن يرهنه على ثمنه ، أو على غير ثمنه . فإن رهنه على غير ثمنه : صح . جزم به فى الشرح ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والحاوى الكبير ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمصنف هنا ،

وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى . وصححه فى الرعاية الكبرى ، والفائق ، سواء قبض ثمنه أو لا .

وقيل : لا يصح . وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

وقيل : لا يصح قبل نقد ثمنه .

و إن رهنه على ثمنه : فأطلق المصنف فى صحته وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

أحدهما : يصح . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس .

والوجه الثانى : لا يصح مطلقاً . صححه فى النظم ، والرعاية الكبرى .

وأما المكيل والموزون ، وما يلحق بهما من المعدود والمذروع قبل قبضه : فذكر القاضى جواز رهنه . وحكاه هو وابن عقيل عن الأصحاب .

قاله فى القاعدة الثانية والخمسين . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الرعاية الكبرى ، والفائق : يصح فى أصح الوجهين . وقدمه فى النظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وجعلها كغير المكيل والموزون . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ؛ وغيرهم . لأنهم أطلقوا .

وقال فى الشرح : ويحتمل أن لا يصح رهنه .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

واختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وجزم به فى الحاوى الكبير فى أحكام القبض .

وقال فى التلخيص : ذكر القاضى ، وابن عقيل فى موضع آخر : إن كان الثمن قد قبض : صح رهنه ، و إلا فلا . وأطلقهما فى الفروع فى باب التصرف فى المبيع وتلفه . لكن محلهما عنده : بعد قبض ثمنه .

تنبيه : اقتصار المصنف على المكيل والموزون بناء منه على أن غيرهما ليس مثلهما فى الحكم . وهو رواية . واختاره بعض الأصحاب ، والمصنف .

والصحيح من المذهب : أن حكم المعدود والمذروع : حكم المكيل والموزون ، على ما تقدم فى آخر الخيار فى البيع .

قال ابن منجا فى شرحه : وأما كون رهن المكيل والموزون قبل قبضه لا يجوز ، فمبنى على الرواية التى اختارها المصنف . وهى أن المنع من بيع المبيع قبل قبضه : مختص بالمكيل والموزون . وتقدم فى ذلك أربع روايات . هذه .

والثانية : مختص بالمبيع غير المعين . كقفيز من صبرة . فعليها : لا يجوز رهن غير المعين قبل قبضه . ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه . وفى رهنه على ثمنه الخلاف .

والثالثة : المنع مختص بالمطعوم . فعليها : لا يجوز رهنه قبل قبضه . ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه ، وفى رهنه على ثمنه الخلاف .

والرابعة : المنع يعم كل مبيع . فعليها : لا يجوز رهن كل مبيع قبل قبضه على غير ثمنه ، وفى رهنه على ثمنه الخلاف . انتهى .

فعلى الأول : يزول الضمان بالرهن على قياس ما إذا رهن المغصوب عند غاصبه . قاله فى القاعدة السابعة والثلاثين .

وقد تقدم ما يحصل به القبض فى آخر باب الخيار فى البيع ، فى أول الفصل الأخير .

وتقدم فى أواخر شروط البيع « لو باعه بشرط رهنه على ثمنه » .

قوله ﴿ وَمَا لاَ يَجُوزُ بَيْعُهُ لاَ يَجُوزُ رَهْنُهُ ، إِلاَّ الثَّمَرَةَ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ القَطْعِ ﴾ وكذا الزرع الأخضر ﴿ فى أحد الوجهين فيهما ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يجوز . يعنى يصح . وهو المذهب . جزم به فى الخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وناظم المفردات وغيرهم .

واختاره القاضى وغيره . وصححه فى التصحيح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهما .

وهو من مفردات المذهب .

والوجه الثانى : لا يجوز . يعنى لايصح .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن رهنها قبل بدو صلاحها بدين مؤجل : صح فى الأصح . إن شرط القطع . لا الترك . وكذا الخلاف إن أطلقا . فتباع إذن على القطع . ويكون الثمن رهنا بدين حال . بشرط القطع : صح . وباع كذلك . انتهى

فائدة : لو رهنه الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع : صح . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لايصح . وأطلقهما فى الحاوى . وتقدم كلامه فى الرعاية .

تنبيه : يستثنى من عموم كلام المصنف : رهن الأمة دون ولدها وعكسه . فإنه يصح ويباعا ، حيث حرم التفريق . جزم به الأصحاب .

فائدة : متى بيعا كان متعلق المرتهن مايختص المرهون منهما من الثمن . وفى قدره ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يقال : إذا كانت الأم المرهونة ، كم قيمتها مفردة ؟ فيقال : مائة ومع الولد مائة وخمسين . فله ثلثا الثمن . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثاني : أن يقوّم الولد أيضاً مفرداً . فيقال : كم قيمته بدون أمه ؟ فيقال : عشرون . فيكون للمرتهن خمسة أسداس .

الوجه الثالث : أن تقوم الأم ولها ولد ، ويقوم الولد وهو مع أمه . فإن التفريق ممتنع .

قال فى التلخيص : وهذا الصحيح عندى ، إذا كان المرتهن يعلم أن لها ولدا .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : جواز رهن المصحف ، إذا قلنا يجوز بيعه لمسلم . وهو إحدى الروايتين . نص عليه . صححه فى الرعاية الكبرى .

قال فى الفروع : ويصح فى عين يجوز بيعها .

قال المصنف ، والشارح : والخلاف هنا مبنى على جواز بيعه .

والرواية الثانية : لايصح : نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وهو ظاهر ماقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، فإنهما ذكرا حكم رهن العبد المسلم لكافر . وقدما عدم الصحة . وقالا : وكذا المصحف إن جاز بيعه . وأطلقهما فى الفائق .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن صححنا بيع مصحف من مسلم : صح رهنه منه على الأصح .

فظاهره : أن لنا رواية بعدم صحة رهنه وإن صححنا بيعه .

وأما رهنه على دين كافراً إذا كان بيد مسلم . ففيه وجهان .

أحدهما : يصح . صححه فى الرعاية الكبرى .

قلت : وهو الصواب .

والثانى : لايصح ، وإن صححنا رهنه عند مسلم . وجزم به فى الفائق ، والكافى وهو ظاهر ماقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين . وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

الأولى : قال فى الرعاية الكبرى : وألحقت بالمصحف كتب الحديث ، يعنى فى جواز رهنها بدين كافر .

قال فى الكافى : وإن رهن المصحف ، أو كتب الحديث لكافر : لم يصح . انتهى .

الثانية : فى جواز القراءة فى المصحف لغير ربه بلا إذن ولاضرر : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يجوز . قدمه فى الرعاية الكبرى فى هذا الباب . وهو ظاهر ماقطع به فى المغنى ، والشرح . فإنهما قالا : وعنه يجوز رهنه .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا رهن مصحفا لايقرأ فيه إلا بإذنه . انتهى .

الثانى : يجوز . اختاره فى الرعاية .

وجوز الإمام أحمد رحمه الله القراءة للمرتهن .

وعنه يكره . ونقل عبد الله : لايعجبنى بلا إذنه .

الثالثة : يلزم ربه بذله لحاجة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : يلزم مطلقاً .

وقيل : لايلزم مطلقاً ، كغيره . وقدمه فى الرعاية الكبرى . ذكر ذلك فى الفروع فى أول كتاب البيع .

وتقدم بعض أحكام المصحف هناك . وأكثرها فى آخر نواقض الوضوء .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ رَهْنُ العَبْدِ المسْلِمِ لِكَافِرٍ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . وجزم به فى الهادى . وقدمه فى الخلاصة ، والكافى ، والرعايتين ، والحاويين ، والنظم . واختاره القاضى .

والوجه الثانى : يصح إذا شرطه فى يد عدل مسلم . اختاره أبو الخطاب ،

والمصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقال : اختاره طائفة من أصحابنا . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى المحرر : ويصح فى كل عين يجوز بيعها . وكذا فى التلخيص ، والوجيز

قلت : وهو الصواب . وهو المذهب ، وإن كان مخالفاً لما أطلقناه . وأطلقهما فى المذهب ، والفروع ، والفائق .

فوائد

إحداها : يجوز أن يستأجر شيئاً ليرهنه ، وأن يستعيره ليرهنه بإذن ربه فيهما سواء بَيَّن قدر الدين لهما أولا . قاله القاضى . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقدم فى الرعاية : أنه لابد أن يعين الدين .

ويجوز لهما الرجوع قبل إقباضه ، على الصحيح من المذهب ، كما قبل العقد . وقدمه فى الفروع .

وقيل : ليس لهما الرجوع . قدمه فى التلخيص .

قال فى القواعد ـ فى العارية ـ قال الأصحاب : هو لازم بالنسبة إلى الراهن ، والمالك .

وأما بعد إقباضه : فلا يجوز لهما الرجوع ، وإن جوزناه فيما قبله . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

وقال فى الانتصار : يجوز لهما الرجوع أيضاً .

فإن حل الدين وبيع : رجع المعير أو المؤجر بقيمته ، أو بمثله إن كان مثلياً . ولا يرجع بما باعه به ، سواء زاد على القيمة أو نقص . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

وقيل : يرجع بأكثرهما . اختاره فى الترغيب ، والتلخيص . وجزم به فى المحرر ، والمنور فى باب العارية .

قال فى الرعاية الـكبرى : وإن بيع بأكثر منها : رجع بالزيادة فى الأصح . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

قلت : وهو الصواب .

قال ابن نصر الله ـ فى حواشى الفروع ـ وهو الصواب قطعاً . انتهى .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو تلف المرهون ضمن المستعير فقط . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع : ويتوجه الوجه فى مستأجر من مستعير .

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز أن يرهن الإنسان مال نفسه على دين غيره كما يجوز أن يضمنه ، وأولى . وهو نظير إعارته للرهن . انتهى .

قوله ﴿ وَلاَ يَلْزَمُ الرّهْنُ إلاَّ بِالْقَبْضِ ﴾ .

يعنى للمرتهن أو لمن اتفقا عليه . فلو استناب المرتهن الراهن فى القبض : لم يصح . قاله فى التلخيص وغيره .

فشمل كلام المصنف مسألتين .

إحداهما : أن يكون الرهن موصوفاً غير معين . فلا يلزم إلا بالقبض كما يجوز وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

فعلى هذا : يكون قبل القبض جائزاً . ويصح . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : فظاهر كلام الخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى الجامع الصغير ، وابن عقيل فى التذكرة ، وابن عبدوس : أن القبض شرط فى صحة الرهن . وأنه قبل القبض غير صحيح . ويأتى ذلك .

وحمل المصنف ، وابن الزاغونى ، والقاضى كلام الخرقى على الأول .

الثانية : أن يكون الرهن معيناً ، كالعبد والدار ونحوهما . فالصحيح من المذهب : أنه لايلزم إلا بالقبض ، كغير المتعين .

قال فى الكافى ، وابن منجا ، وغيرهما : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام الخرقى ، وأبى بكر فى التنبيه ، وابن أبى موسى . ونصره أبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وغيرهما .

قال فى الفروع : ذكره الشيخ وغيره المذهب .

وعنه : أن القبض ليس بشرط فى المتعين . فيلزم بمجرد العقد . نص عليه .

قال القاضى فى التعليق : هذا قول أصحابنا .

قال فى التلخيص : هذا أشهر الروايتين . وهو المذهب عند ابن عقيل وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

فعليهما : متى امتنع الراهن من تقبيضه : أجبر عليه ، كالبيع . وإن رده المرتهن على الراهن بعارية أو غيرها ، ثم طلبه : أجبر الراهن على رده .

وذكر جماعة من الأصحاب : أنه لا يصح الرهن إلا مقبوضاً ، سواء كان معينا أو لا . ذكره فى الفروع .

قال فى القاعدة التاسعة والأربعين : وصرح أبو بكر بأن القبض شرط لصحة الرهن . وأنه يبطل بزواله . وكذلك قال المجد فى شرحه ، والشيرازى ، وغيرهما . انتهى .

وقد تقدم أنه ظاهر كلام الخرقى وغيره .

فائدة : صفة قبض الرهن : كقبض المبيع ، على ما تقدم .

[لكن لو كان فى يد المرتهن عارية ، أو وديعة ، أو غصبا ، أو نحوه : صح الرهن .

والمذهب : لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد . واليد

ثابتة . والقبض حاصل . وإنما يتغير الحكم ، لا غير . وهذا على الأكثر . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رضى الله عنه .

وقال القاضى وأصحابه : لا يصير رهنا حتى تمضى مدة يتأتى قبضه فيها . فإن كان منقولا فبمضى مدة يمكن نقله فيها . وإن كان مكيلا فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها . وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية .

وإن كان غائبا عن المرتهن : لم يصر مقبوضا حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها . لأن العقد يفتقر إلى القبض . والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه . ويكفى ذلك . ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض . لأنه مقبوض حقيقة . فإن تلف قبل مضى مدة يتأتى قبضه فيها ، فهو كتلف الرهن قبل قبضه . وكذا الهبة ، على الخلاف والمذهب ، على ما يأتى] [1] .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخْرَجَهُ الْمُرْتَهِنُ بِاخْتِيَارِهِ إِلَى الرَّاهِنِ : زَالَ لُزُومُهُ ﴾ .

ظاهره : سواء أخذه الراهن بإذنه نيابة أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب ، وظاهر كلام الأصحاب .

وذكر فى الانتصار احتمالا : أنه لا يزول لزومه إذا أخذه الراهن منه بإذنه نيابة

فائدة : لو أجره أو أعاره للمرتهن أو غيره بإذنه . فلزومه باق ، على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف فى المغنى ، والمجد فى المحرر وغيرهما .

قال فى الانتصار : هو المذهب كالمرتهن . وقدمه فى الفروع ، والمحرر . وصححه الناظم .

وعنه : يزول لزومه . نصره القاضى . وقطع به جماعة . واختاره أبو بكر فى الخلاف . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

قال المجد فى شرحه : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله أنه لا يصير مضمونا بحال . انتهى .

---

(١) ما بين المربعين زيادة زادها المصنف بخطه بهامش نسخته .

فلو استأجره المرتهن عاد اللزوم بمضى المدة . ولو سكنه بأجرته بلا إذن فلا رهن . نص عليهما .

ونقل ابن منصور : إن أكراه بإذن الراهن ، أو له ، فإذا رجع صار رهناً . والكراء للراهن .

وقيل : إن أعاره للمرتهن ، لم يزل اللزوم . وإلا زال . وهى طريقة المصنف فى المغنى .

وقال الزركشى : وفى المذهب قول : إن أجر المرتهن بإذن الراهن لم يزل اللزوم . وإن أجر الراهن بإذن المرتهن زال اللزوم . انتهى .

وقال فى الرعاية ، وقيل : إن زادت مدة الإجارة على أجل الدين : لم يصح بحال .

فائدة : لو رهنه شيئاً . ثم أذن له فى الانتفاع به ، فهل يصير عارية حالة الانتفاع به ، أم لا ؟ .

قال القاضى فى خلافه ، وابن عقيل فى نظرياته ، والمصنف فى المغنى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم : يصير مضموناً بالانتفاع .

وذكر ابن عقيل احتمالاً : أنه يصير مضموناً بمجرد القبض إذا قبضه على هذا الشرط .

تنبيه : محل الخلاف : إذا اتفقا على ذلك . فإن اختلفا تعطل الرهن . على المذهب . واختار فى الرعاية : لا يتعطل . ويجبر من أبى منهما الإيجار . انتهى .

قلت : الذى يظهر : أنه إن امتنع الراهن يتعطل الإيجار ، وإن امتنع المرتهن لم يتعطل .

قوله ﴿ وَاسْتَدَامَتُهُ شَرْطٌ فى اللُّزُومِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . يعنى حيث قلنا : لا يلزم إلا بالقبض .

وعنه : أن استدامته فى المتعين ليست بشرط . واختاره فى الفائق .

فائدة : لو رهنه ماهو فى يد المرتهن . ومضمون عليه ـ كالمغصوب ، والعوارى ، والمقبوض على وجه السوم . حيث قلنا : يضمن ، والمقبوض بعقد فاسد ـ صح الرهن وزال الضمان . كما لو كان غير مضمون عليه . كالوديعة ونحوها .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لزوم الرهن بمجرد العقد . ولا يحتاج إلى أمر زائد على ذلك . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

قلت : وهذا المذهب . وهى شبيهة الهبة .

قال فى الفروع : فإن رهنه مافى يده ولو غصباً . فكهبته إياه .

وقال القاضى وأصحابه : لا يصير رهناً حتى تمضى مدة يتأتى قبضه فيها . وأطلقهما فى الرعاية .

فعلى الثانى : إن كان منقولا : فبمضى مدة يمكن نقله فيها . وإن كان مكيلاً ، أو موزوناً : فبمضى مدة يمكن اكتياله واتزانه فيها . وإن كان غير منقول فبمضى مدة التخلية . وإن كان غائباً : لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه به هو أو وكيله ، ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها . فهو كتلف الرهن قبل قبضه .

ثم هل يفتقر إلى إذن الراهن فى قبضه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية .

قال فى الفروع : فإن رهنه مافى يده ، ولو غصباً . فكهبته إياه . ويزول ضمانه .

وظاهره : أنه يلزم بمجرد العقد على المذهب . ولا يصح القبض إلا بإذنه على المذهب ، كما فى الهبة . على مايأتى فى باب الهبة .

قوله ﴿ وَتَصَرُّفُ الرَّاهِنُ فِي الرَّهْنِ لاَيَصِحّ ، إلاَّ بِالعِتْقِ . فَإنَّه يَنْفُذُ وَتُؤْخَذُ مِنْهُ قِيمَتُه رَهْنًا مَكَانَهُ ﴾ .

إذا تصرف الراهن فى الرهن ، فلا يخلو : إما أن يكون بالعتق ، أو بغيره .

فإن كان بالعتق : فالصحيح من المذهب : أنه ينفذ . وسواء كان موسراً أو معسراً . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى المعسر .

قال الزركشي : وهو المشهور . والمختار من الروايات للأكثرين .

ويحتمل أنْ لاَينفذ عِتْقُ الْمُعْسِر . ذكره فى المحرر تخريجاً . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى بعض نسخ المقنع كذلك . اختارها أبو محمد الجوزى

قلت : وهو قوى فى النظر .

وهى طريقة بعض الأصحاب ، إن كان المعتق معسراً استسعى العبد بقدر قيمته تجعل رهنا .

وقيل : لا يصح عتق الموسر أيضاً . وذكره فى المبهج ، وغيره رواية . واختاره صاحب المبهج .

وقال فى الفائق : وعنه لا ينفذ عتق الموسر بغيره . واختاره شيخنا . يعنى به الشيخ تقى الدين رحمه الله .

فعلى المذهب فى الموسر : يؤخذ منه قيمته رهنا . على الصحيح من المذهب .

وخيره أبو بكر فى التنبيه بين الرجوع بقيمته و بين أخذ عبد مثله .

وعلى المذهب فى المعسر : متى أيسر بقيمته قبل حلول الدين : أخذت ، وجعلت رهنا . وأما بعد الحلول : فلا فائدة فى أخذها رهناً . بل يؤمر بالوفاء .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا : يأخذ القيمة . فإنها تكون وقت العتق .

وحيث قلنا : لا ينفذ عتقه . فقال الزركشى : ظاهر كلام الأصحاب : أنه لا ينفذ بعد زوال الرهن . وفى الرعاية : احتمال بالنفوذ .

الثانية : يحرم على الراهن عتقه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب وعنه لا يحرم .

ويأتى إذا أقر بعتقه أو بيعه أو غيرهما ، فى كلام المصنف قريباً .

وإن كان تصرف الراهن بغير العتق : لم يصح تصرفه مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف هنا : وهو أصح . وجزم به كثير منهم .

وقيل : يصح وقفه .

وقال القاضى ، وجماعة : يصح تزويج الأمة . ويمنع الزوج من وطئها . ومهرها رهن معها . وقاله أبو بكر . وذكره عن الإمام أحمد . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى التلخيص ، والحاويين ، والفائق .

وفى طريقة بعض الأصحاب : يصح بيع الراهن للرهن ويلزمه . ويقف لزومه فى حق المرتهن . كبيع الخيار .

وتقدم فى كتاب الزكاة حكم إخراجها من المرهون .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِىءَ الْجَارِيَةَ فَأَوْلَدَهَا : خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : وعامة الأصحاب يجزمون بذلك ، بخلاف العتق . لأن الفعل أولى من القول . بدليل نفوذ إيلاد المجنون دون عتقه .

وظاهر كلامه فى التلخيص : إجراء الخلاف فيه . فإنه قال : والاستيلاد مرتب على العتق ، وأولى بالنفوذ . لأنه فعل . انتهى .

فائدة . للراهن الوطء بشرط . ذكره فى عيون المسائل ، والمنتخب . نقله فى الفروع فى الكتابة .

قوله ﴿ وَأُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَتُهَا ، فَجُعِلَتْ رَهْنًا ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وأكثر الأصحاب قالوا كما قال المصنف .

وقال بعضهم : يتأخر الضمان حتى تضع . فتلزمه قيمتها يوم أحبلها . قاله فى القاعدة الرابعة والثمانين .

فائدة : له غرس الأرض إذا كان الدين مؤجلا فى أصح الاحتمالين . وأطلقهما فى الفروع .

ولا يمنع من سقى شجر، وتلقيح و إنْزاء فحل على إناث مرهونة . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المذهب . وقدمه فى التبصرة ، والفروع .

وقيل : يمنع .

ولا يمنع من مداواة وفصد ونحوه ، بل من قطع سلعة فيها خطر .

ويمنع من ختانه إلا مع دين مؤجل يبرأ قبل حله .

وللمرتهن مداواة ما فيه المصلحة . قاله المصنف وغيره .

قوله ﴿ وَإنْ أَذِنَ المرْتَهِنُ لَهُ فِي بَيْعِ الرّهْنِ ، أَوْ هِبَتِهِ وَنَحْوَ ذَلِكَ فَفَعَلَ : صَحّ . وَبَطَلَ الرّهْنُ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة ، إلا أن يأذن له فى بيعه ، بشرط أن يجعل ثمنه رهنا . فهذا الشرط صحيح . و يصير رهنا ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز وغيرهم .

قال فى الفروع : صح وصار ثمنه رهنا فى الأصح . وذكر الشيخ صحة الشرط ، وذكره فى الترغيب ، وأن الثواب فى الهبة كذلك . انتهى .

وقيل : يبطل الرهن .

فوائد

الأولى : يجوز للمرتهن الرجوع فى كل تصرف أذن فيه بلا نزاع . فلو ادعى أنه رجع قبل البيع ، فهل يقبل قوله ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

أحدهما : يقبل قوله . واختاره القاضى ، واقتصر عليه فى المغنى .

والثاني : لا يقبل قوله .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : لو ثبت رجوعه ، وتصرف الراهن جاهلا رجوعه ، فهل يصح تصرفه ؟

على وجهين . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والمغنى ، والشرح ، والكافى . وقالا : بناء على تصرف الوكيل بعد عزله قبل علمه .

والصحيح من المذهب هناك : أنه ينعزل ، كما يأتى . فكذا هنا .

ولا يصح تصرفه هنا . على الصحيح من المذهب أيضاً .

الثالثة : لو باعه الراهن بإذن المرتهن — بعد أن حل الدين — صح البيع . وصار ثمنه رهنا ، بمعنى أنه يأخذ الدين منه . وهذا المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : صح ، وصار رهنا فى الأصح .

وقيل : لا يبقى ثمنه رهنا لو كان الدين غير حال . ولم يشترط جعل ثمنه رهنا مكانه ، بل فيه الأمران . فهل يبقى ثمنه رهنا ، أو يبطل الرهن ؟ فيه وجهان . أطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى ، والحاويين ، والفائق ، والمذهب ، والبلغة .

أحدهما : يبقى ثمنه رهنا . اختاره القاضى . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

والثانى : يبطل الرهن . اختاره أبو الخطاب . وقدمه فى الخلاصة . وصححه فى تصحيح المحرر . وهو ظاهر ما جزم به المصنف هنا . وجزم به الشارح .

قلت : وهو المذهب .

قوله ﴿ أَوْ بِشَرْطِ أَنْ يَجْعَلَ دَيْنَهُ مِنْ ثَمَنِهِ ﴾ .

إذا باعه بإذنه بشرط أن يعجل له دينه المؤجل من ثمنه : صح البيع . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى . وابن عقيل . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وقيل : لا يصح البيع . والرهن بحاله . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ،

والحاويين ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وعزاه المجد فى شرحه إلى القاضى فى رءوس المسائل . قال : ونصره . قال : وهو أصح عندى .

قال شارح المحرر : ولم أجد أحداً من الأصحاب وافق المصنف على ماحكاه هنا .

قال فى الفروع : وكل شرط لم يقتضه العقد : فهو فاسد . وفى العقد روايتا البيع . انتهى .

وأما شرط التعجيل : فيلغو قولا واحداً . قاله فى المحرر وغيره .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم : يصح الشرط . وجزم به الشارح .

فعلى المذهب : هل يكون الثمن رهناً ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يكون رهناً .

قلت : وهو أولى . ثم وجدته صححه فى تصحيح المحرر . وقال : قال المصنف فى شرحه — يعنى به المجد — يصح البيع ، ويلغو شرط التعجيل ، لكنه يفيد بقاء كونه رهناً . وعلى هذا يحمل كلام أبى الخطاب . انتهى .

والثانى : لا يكون رهناً .

قال شارح المحرر : الوجهان هنا كالوجهين فى المسألة السابقة . انتهى .

فيكون الصحيح لا يكون رهنا .

قوله ﴿ وَنَمَاءُ الرَّهْنِ وَكَسْبُهُ مِنَ الرَّهْنِ ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

وفى الصوف واللبن وورق الشجر المقصود : وجه فى المحرر ، والفصول : أنه ليس من الرهن .

قال فى القواعد : وهو جيد .

وقال فى الفائق : والمختار عدم تبعية كسب الرهن ونمائه . وأرش الجناية عليه . انتهى .

وكون الكسب من الرهن من مفردات المذهب .

قوله ﴿ وَأَرْشُ الجِنَايةِ عَلَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ ﴾ .

سواء كانت الجناية عليه عمداً أو خطأ . لكن إن كانت عمداً ، فهل لسيده القصاص أم لا ؟

وإذا قبض ، فهل عليه القيمة أم لايلزمه شيء ؟ يأتى ذلك كله فى كلام المصنف فى آخر الباب .

فوائد

أحدها : قوله ﴿ وَمُؤْنَتُهُ عَلَى الرَّاهِنِ ، وَكَفَنُهُ إِنْ مَاتَ ، وَأُجْرَة مَخْزَنِهِ إِنْ كَانَ مَخْزُوناً ﴾ .

بلا نزاع . لكن إن تعذر الأخذ من الراهن بيع بقدر الحاجة . فإن خيف استغراقه بيع كله .

الثانية : قوله ﴿ وَهُوَ أَمَانَةٌ فِى يَدِ المرْتَهِنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، ولو قبل العقد . نقله ابن منصور كبعد الوفاء

ونقل أبو طالب : إذا ضاع الرهن عند المرتهن : لزمه .

وظاهره : لزوم الضمان مطلقاً .

وتأوله القاضى على التعدى . وهو الصواب .

وأبى ذلك ابن عقيل ، جرياً على الظاهر . قاله الزركشى وغيره .

وإن تعدى فيه فحكمه حكم الوديعة ، على مايأتى . لكن فى بقاء الرهنية وجهان . لأنها لاتجمع أمانة واستيثاقا . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : ظاهر كلام المصنف ، والشارح ، وكثير من الأصحاب : بقاء الرهنية .

وهو الصواب . ثم وجدته قال فى القواعد : لو تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه ، و بقى مضموناً عليه . ولم تبطل توثقته .

وحكى ابن عقيل فى نظرياته احتمالا ببطلان الرهن . وفيه بعد . لأنه عقد لازم . وحق المرتهن على الراهن . انتهى .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِ تَعَدٍّ مِنْهُ ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ ﴾ .

بلا نزاع . وكذا لو تلف عند العدل . و يقبل قوله .

و إن ادعى تلفه بحادث ظاهر ، وشهدت بينة بالحادث : قبل قوله فيه أيضاً .

الرابعة : قوله ﴿ وَلاَ يَسْقُطُ بِهلاَكِهِ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ ﴾ .

بلا نزاع . نص عليه . كدفع عبد يبيعه و يأخذ حقه من ثمنه ، فيتلف . وكحبس عين موجودة بعد الفسخ على الأجرة فتتلف . فلا يسقط ماعليه بسبب ذلك . بخلاف حبس البائع المبيع المتميز على ثمنه . فإنه يسقط بتلفه . على إحدى الروايتين . لأنه عوض . والرهن ليس بعوض الدين .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُهُ فَبَاقِيهِ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

لكن لو رهن شيئين بحق ، فتلف أحدهما . فالآخر رهن بجميع الحق . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وقيل . بل بقسطه .

قال فى الرعاية الكبرى : سواء اتحد الراهن والمرتهن ، أو تعدد أحدهما .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْفَكُّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ حَتَّى يَقْضِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ ﴾ .

بلا نزاع . حتى لو قضى أحد الوارثين مايخصه من دين برهن .

قوله ﴿ وَإِنْ رَهَنَهُ عِنْدَ رَجُلَيْنِ فَوَفَّى أَحَدَهُمَا : انْفَكَّ فى نَصِيبِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح، وغيرهم .

وقيل : لا ينفك .

قال أبو الخطاب ـ فيمن رهن عبده عند رجلين ، فوفى أحدهما ـ يبقى جميعه رهناً عند الآخر .

قال المصنف ، والشارح : وكلامه محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر ، لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً . إذ لا يجوز أن يقال : إنه رهن نصف العبد عند رجل ، فصار جميعه رهناً . انتهى .

والمسألة التى ذكرها ـ وهى : ما إذا رهن جزءا مشاعاً . وكان فى المقاسمة ضرر على المرتهن ـ بمعنى أنه ينقص قيمة الثانى . فإنه يمنع الراهن من قسمته . ويُقَرُّ جميعه بيد المرتهن ، البعض رهن ، والبعض أمانة .

قوله ﴿ وَإِنْ رَهَنَهُ رَجُلَانِ شَيْئًا ، فَوَفَّاهُ أَحَدُهُمَا : انْفَكَّ فِى نَصِيبِهِ ﴾

هذا المذهب أيضاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لاينفك . ونقله مهنا .

قال فى القاعدة الثالثة عشر بعد المائة : إذا رهن اثنان عينين ، أو عينا لهما صفقة واحدة على دين له عليهما ، مثل أن يرهناه داراً لهما على ألف درهم له عليهما . نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية مهنا ـ على أن أحدهما إذا قضى ماعليه ولم يقض الآخر : أن الدار رهن على مابقى .

وظاهر هذا : أنه جعل نصيب كل واحد رهنا بجميع الحق ، توزيعاً للمفرد على الجملة . لا على المفرد .

وبذلك جزم أبو بكر فى التنبيه ، وابن أبى موسى ، وأبو الخطاب . وهو المذهب عند صاحب التلخيص .

قال القاضى : هذا بناء على الرواية التى تقول : إن عقد الاثنين مع الواحد فى حكم الصفقة الواحدة .

أما إذا قلنا بالمذهب الصحيح : إنها فى حكم عقدين : كان نصيب كل واحد مرهوناً بنصف الدين . انتهى .

فائدة : لو قضى بعض دينه ، أو أبرئ منه . و ببعضه رهن أو كفيل : كان عما نواه ، الدافع أو المشترى من القسمين . والقول قوله فى النية بلا نزاع .

فإن أطلق ، ولم ينو شيئاً : صرفه إلى أيهما شاء . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وغيرهم .

وقطع به فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يوزع بينهما بالحصص . وهو احتمال فى المحرر .

قوله ﴿ وَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ ، وَامْتَنَعَ مِنْ وَفَائِهِ . فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ أَذِنَ لِلْمُرْتَهِنِ أَوْ لِلْعَدْلِ فِي بَيْعِهِ : بَاعَهُ وَوَفَّى الدَّيْنَ ﴾ .

بلا نزاع . لـكن لو باعه العدل ، اشترط إذن المرتهن . ولا يحتاج إلى تجديد إذن الراهن . على الصحيح من المذهب . وقيل : بلى .

فائدة : يجوز إذن العدل ، أو المرتهن : ببيع قيمة الرهن ، كأصله بالإذن الأول . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى . واقتصر عليه فى المغنى ، والشرح . وجزم به ابن رزين فى شرحه وغيرهم .

وقيل : لا يصح إلا بإذن متجدد . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِلاَّ رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ ﴾ .

يعنى إذا امتنع الراهن من وفاء الدين ، ولم يكن أذن فى بيعه ، أو كان أذن فيه ثم عزله ــ وقلنا : يصح عزله ــ وهو الصحيح ، على ما يأتى قريبا فى كلام المصنف . فإن الأمر يرفع إلى الحاكم . فيجبره على وفاء دينه ، أو بيع الرهن . وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

ومن الأصحاب من قال : الحاكم مخير ، إن شاء أجبره على البيع ، وإن شاء باعه عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ بَاعَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، وَقَضَى دَيْنَهُ ﴾ .

قال الأصحاب : فإن امتنع من الوفاء ، أو من الإذن فى البيع : حبسه الحاكم أو عزره . فإن أصر باعه . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ فِي الرَّهْنِ جَعْلَهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ : صَحَّ . وَقَامَ قَبْضُهُ مَقَامَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ ﴾ بلا نزاع .

ظاهر كلامه : أنه لا تصح استنابة المرتهن للراهن فى القبض . وهو كذلك صرح به فى التلخيص .

وعبده وأم ولده كهو . لكن يصح استنابة مكاتبه وعبده المأذون له . فى أصح الوجهين .

وفى الآخر : لا يصح . إلا أن يكون عليه دين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَذِنَا لَهُ فِي الْبَيْعِ : لَمْ يَبِعْ إِلاَّ بِنَقْدِ الْبَلَدِ . فَإِنْ كَانَ فِيهِ نُقُودٌ بَاعَ بِجِنْسِ الدَّيْنِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جِنْسُ الدَّيْنِ : بَاعَ بِمَا يَرَى أَنَّهُ أَصْلَحَ ﴾ .

إذا أذنا للعدل ، أو أذن الراهن للمرتهن فى البيع ، فلا يخلو : إما أن يعين نقداً . أو يطلق . فإن عين نقداً لم يجز بيعه بما يخالفه .

وإن أطلق ، فلا يخلو : إما أن يكون فى البلد نقد واحد ، أو أكثر . فإن كان فى البلد نقد واحد باع به . وإن كان فيه أكثر ، فلا يخلو : إما أن تتساوى أولا . فإن لم تتساو باع بأغلب نقود البلد . بلا نزاع .

وظاهر كلام المصنف هٰهنا : أنه يبيع بجنس الدين مع عدم التساوى .

قال ابن منجا فى شرحه : فيجب حمل كلامه على ماإذا كانت النقود متساوية . انتهى .

وإن تساوت النقود : باع بجنس الدين . على الصحيح من المذهب . وهو الذى قطع به المصنف هنا . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وتذكرة ابن عبدس ، والرعاية الصغرى ، والحاوى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يبيع بما يرى أنه أحظ . اختاره القاضى . واقتصر عليه فى المغنى .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الشرح ، والفروع .

فعلى المذهب : إن لم يكن فيها جنس الدين : باع بما يرى أنه أصلح . بلا نزاع . فإن تساوت عنده فى ذلك عين الحاكم له ما يبيعه به .

فوائد

إحداها : لو اختلف الراهن والمرتهن على العدل فى تعيين النقد ، لم يسمع قول واحد منهما . ويرفع الأمر إلى الحاكم ، فيأمره ببيعه بنقد البلد ، سواء كان من جنس الحق أو لم يكن ، وافق قول أحدهما أولا .

قال المصنف : والأولى أنه يبيعه بما يرى الحظ فيه .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : لايبيع الوكيل هنا نَساء ، قولاً واحداً عند الجمهور . وذكر القاضى رواية يجوز ، بناء على الموكل . ورد .

الثالثة : إذا باع العدل بدون المثل ، عالماً بذلك . فقال المصنف فى المغنى : لايصح بيعه . لـكنه علله بمخالفته . وهو منتقض بالوكيل . ولهذا ألحقه القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : ببيع الوكيل . فصححاه وضمناه النقص . ذكره فى القاعدة الخامسة والأربعين .

قال الشارح ، قال شيخنا : لم يصح . وقال أصحابنا : يصح ، ويضمن النقص كله . وهو المذهب ، على ما يأتى فى الوكالة .

قوله ﴿ وَإِنْ ادَّعَى دَفْعَ الثَّمَنِ إِلَى المرْتَهِنِ . فَأَنْكَرَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَضَاهُ بِبيِّنَةٍ : ضَمِنَ ﴾ .

إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن وأنكر ، فلا يخلو : إما أن يدفعه ببينة أو بحضرة الراهن ، أولا . فإن دفعه ببينة ، وسواء كانت حاضرة أو غائبة ، حية أو ميتة : قبل قوله عليهما . وكذا لو كان بحضرة الراهن يقبل قوله . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ينبغى الضمان إذا دفعه إليه بحضرة الراهن ، اعتماداً على أن الساكت لا ينسب إليه قول عليهما فى تسليمه . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والخلاصة .

وقيل : يصدق العدل مع يمينه على راهنه ، ولا يصدق على المرتهن . اختاره القاضى . قاله فى المغنى والشرح . واختاره أبو الخطاب فى الهداية .

وقيل : يصدق عليهما فى حق نفسه . اختاره القاضى . قاله فى الهداية وغيره . واختاره الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى رءوس مسائلها . قاله فى المغنى .

قال فى الشرح : ذكره الشريف أبو جعفر . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والحاويين ، وغيرهم .

وأطلق الآخر فى المغنى ، والكافى ، والشرح .

فعلى المذهب : يحلف المرتهن ، ويرجع على أيهما شاء .

فإن رجع على العدل : لم يرجع العدل على الراهن . وإن رجع على الراهن : رجع على العدل . قاله فى الرعاية الكبرى .

قال فى الفروع : فيرجع على راهنه وعلى العدل .

وقال فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص وغيرهم : يرجع على الراهن ، والراهن يرجع على العدل . انتهوا .

وعلى الوجه الثانى : إذا حلف المرتهن رجع على من شاء منهما . فإن رجع على العدل لم يرجع على الراهن . لأنه يقول : ظلمنى وأخـذ منى بغير حق . قاله المصنف فى المغنى ، والشارح .

وإن رجع على الراهن ، فعنه يرجع على العدل أيضاً . لأنه مفرط . على الصحيح . قدمه فى الـكافى .

وعنه لايرجع عليه . لأنه أمين فى حقه ، سواء صدقه أو كذبه ، إلا أن يكون أمره بالإشهاد فلم يشهد . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وعلى الثالث : يقبل قوله مع يمينه على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه . ولا يقبل فى نفى الضمان عن غيره . فيرجع على الراهن وحده .

تنبيه : قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الوَكِيلُ ﴾ .

يأتى حكم الوكيل فى كلام المصنف فى باب الوكالة فيما إذا وكله فى قضاء دين فقضاه ولم يشهد .

قوله ﴿ فَإنْ عَزَلَهُمَا : صَحَّ عَزْلُهُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه ، وعليه جمهور الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : لايصح . وهو توجيه لصاحب الإرشاد ، سداً لذريعة الحيلة . لأن فيه تغريراً بالمرتهن . فيعايى بها على هذا القول .

قال فى القاعدة الستين : ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين أن يوجد حاكم يأمر بالبيع أولا ، من مسألة الوصية . انتهى .

قوله ﴿ وَإنْ شَرَطَ أَنْ لاَ يَبِيعَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ ، أَوْ إنْ جَاءَهُ بِحَقِّهِ فِى مَحَلِّهِ ، وَإلاّ فَالرَّهْنُ لَهُ : لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ﴾ بلا نزاع ﴿ وفى صِحَةِ الرَّهْنِ رِوايتانِ ﴾ .

اعلم أن كل شرط وافق مقتضى العقد إذا وجد لم يؤثر فى العقد ، وإن لم يقتضه العقد ، كالمحرم والمجهول والمعدوم ، وما لايقدر على تسليمه ونحوه ، أو نافى العقد ، كعدم بيعه عند الحلول ، أو إن جاء بحقه فى محله ، وإلا فالرهن له : فالشرط فاسد .

وفى صحة الرهن روايتان ، كالبيع إذا اقترن بشرط فاسد . وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والحاويين ، والفائق .

إحداهما : لا يصح . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، فيما إذا شرط ما ينافيه . ونصراه .

والثانية : يصح . وهو المذهب . نصره أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، فيما إذا شرط ماينافيه . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين .

قال فى الفروع : وكل شرط وافق مقتضاه لم يؤثر . وإن لم يقتضه أو نافاه ، نحو كون منافعه له . وإن جاءه بحقه فى محله ، وإلا فهو له ، أو لايقتضيه : فهو فاسد . وفى العقد رواية البيع .

وقد تقدم فى شروط البيع أنه : لو شرط ماينافى مقتضاه : أنه يصح . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

فيكون هذا كله كذلك .

وقيل : ماينقص بفساده حق المرتهن : يبطله ، وجهاً واحداً . وما لاينقص به : فيه الروايتان .

وقيل : إن سقط دين الرهن فسد ، وإلا فالروايتان ، إلا جعل الأمة فى يد أجنبي عزب . لأنه لاضرر .

وفى الفصول احتمال : يبطل فيه أيضاً ، بخلاف البيع . لأنه القياس .

وقال فى الفائق ، وقال شيخنا : لايفسد الثانى ، وإن لم يأته صار له وفعله الإمام .

قلت : فعليه غلق الرهن : استحقاق المرتهن له بوضع العقد ، لا بالشرط ، كما لو باعه منه . انتهى .

قال فى الفروع ـ بعد أن نقل كلامه فى الفصول ـ ثم إذا بطل ، وكان فى بيع ففى بطلانه لأخذه حظا من الثمن أم لا ؟ لانفراده عنه كمهر فى نكاح ـ احتمالان . انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الدَّيْنِ ، أَوِ الرَّهْنِ ، أَوْ رَدِّهِ ، أَوْ قَالَ : أَقْبَضْتُكَ عَصِيرًا ؟ قَالَ : بَلْ خَمْرًا . فَالقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ ﴾ .

أما إذا اختلفا فى قدر الدين الذى وقع الرهن به ، نحو أن يقول : رهنتك عبدى بألف . فيقول المرتهن : بل بألفين . فالقول قول الراهن . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : القول قول المرتهن ، ما لم يدع أكثر من قيمة الرهن . وهو قول مالك ، والحسن ، وقتادة .

فعلى المذهب : يقبل قول الراهن فى قدر ما رهنه ، سواء اتفقا على أنه رهن بجميع الدين أو اختلفا .

فلو اتفقا على قدر الدين . فقال الراهن : رهنتك ببعضه . فقال المرتهن : بل بكله ، فالقول قول الراهن .

ولو اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين . فقال الراهن : بل بالمؤجل منهما . وقال المرتهن : بل بالحال . فالقول قول الراهن أيضاً .

وأما إذا اختلفا فى قدر الرهن ، نحو قوله : رهنتك هذا . فقال المرتهن : وهذا أيضاً . فالقول قول الراهن . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه يتحالفان فى المشروط .

وذكر أبو محمد الجوزى : يقبل قول المدعى منهما .

فائدة : لو قال : رهنتك على هذا . قال : بل هذا ، قُبل قول الراهن .

وأما إذا اختلفا فى رد الرهن . فالقول قول الراهن . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى القواعد : هذا المشهور . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال أبو الخطاب ، وأبو الحسين : يخرج فيه وجه آخر بقبول قول المرتهن بناء على المضارب والوكيل بجعل . فإن فيهما وجهين .

وخرج هذا الوجه المصنف أيضاً فى هذا الكتاب فى باب الوكالة ، بعد قوله « و إن اختلفا فى رده إلى الموكل » حيث قال « وكذلك يخرج فى الأجير والمرتهن » وأطلقهما فى أصل المسألة فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

فوائد

الأولى : لو ادعى المرتهن : أنه قبضه منه ، قُبل قوله إن كان بيده . فلو قال : رهنته . فقال الراهن : بل غصبته ، أو هو وديعة عندك ، أو عارية . فهل القول قول المرتهن ، أو الراهن ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، وأطلقهما فى الفائق فى الغصب .

أحدهما : القول قول الراهن . جزم به فى الحاويين . وجزم به فى الرعاية الصغرى فى الوديعة والعارية . وقدمه فى الغصب . وقدمه فى الفائق فى الوديعة ، والعارية . وجزم به فى المغنى ، والشرح فى العارية والغصب .

وقيل : القول قول المرتهن .

قال فى التلخيص : الأقوى قول المرتهن فى أنه رهن وليس بغصب .

الثانية : لو قال : أرسلت وكيلك ، فرهن عندى هذا على ألفين قبضتهما منى فقال : ما أذنت له إلا فى رهنه بألف . فإن صدق الرسول الراهن حلف ما رهنه

إلا بألف ، ولا قبض غيره . ولا يمين على الراهن . وإن صدق المرتهن حلف الراهن ، وعلى الرسول ألف . ويبقى الرهن بألف .

الثالثة : لو قال : رهنتك عبدى الذى بيدى بألف . فقال : بل بعتنى هو بها أو قال : بعتك هو بها . فقال : بل رهننى هو بها ـ حلف كل منهما على نفى ما ادعى عليه . ويسقط ، ويأخذ الراهن رهنه . وتبقى الألف بلا رهن .

الرابعة : لو قال : رهنته عندك بألف قبضتها منك ، وقال من هو بيده : بل بعتنى هو بها : صدق ربه ، مع عدم بينة ، يقول خصمه فلا رهن ، وتبقى الألف بلا رهن .

الخامسة : من طلب منه الرد . وقُبل قوله ، فهل له تأخيره ليشهد ؟ فيه وجهان إن حلف وإلا فلا . وفى الحلف احتمال . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية الكبرى ، فى الوكالة : وكل أمين يقبل قوله فى الرد وطلب منه ، فهل له تأخيره حتى يشهد عليه ؟ فيه وجهان . إن قلنا : يحلف ، وإلا لم يؤخره لذلك . وفيه احتمال . انتهى .

وأطلق الوجهين فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

وقطع المصنف ، والشارح : ليس له التأخير . ذكراه فى آخر الوكالة .

وكذا مستعير ونحوه لا حجة عليه . وقدم فى الرعاية الكبرى أنه لا يؤخره .

ثم قال : قلت : بلى .

وقطع بالأول فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والمصنف ، والشارح .

وإن كان عليه حجة أخرى ، كدين بحجة . ذكره الأصحاب . ولا يلزم دفع الوثيقة . بل الإشهاد بأخذه .

قال فى الترغيب : ولا يجوز للحاكم إلزامه . لأنه ربما خرج ما قبضه مستحقاً فيحتاج إلى حجة بحقه .

وكذا الحكم فى تسليم بائع كتاب ابتياعه إلى مشتر .

وذكر الأزجى : لا يلزمه دفعه حتى يزيل الوثيقة . ولا يلزم رب الحق الاحتياط بالاشهاد .

وعنه فى الوديعة : يدفعها ببينة إذا قبضها ببينة .

قال القاضى : ليس هذا للوجوب ، كالرهن والضمين والإشهاد فى البيع .

قال ابن عقيل : حمله على ظاهره للوجوب أشبه .

وأكثر الأصحاب ذكروا هذه المسألة فى أواخر الوكالة .

وأما إذا قال الراهن : أقبضتك عصيراً . قال المرتهن : بل خمراً . ومراده : إذا شرط الرهن فى البيع . صرح به الأصحاب . منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

فالصحيح من المذهب : أن القول قول الراهن . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وعنه : القول قول المرتهن . وجعلها القاضى كالحلف فى حدوث العيب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ الرَّاهِنُ : أَنَّهُ أَعْتَقَ العَبْدَ قَبْلَ رَهْنِه ، عَتَق وأُخِذَتْ مِنْهُ قِيمتُه رَهْنًا ﴾ .

اعلم أن حكم إقرار الراهن بعتق العبد المرهون ، إذا كذبه المرتهن : حكم مباشرته لعتقه حالة الرهن ، خلافاً ومذهباً كما تقدم . فليراجع . هذا الصحيح من المذهب .

وقيل : إن أقر بالعتق بطل الرهن مجانا ويحلف على البت .

وقال ابن رزين فى نهايته — وتبعه ناظمها — وإن أقر الراهن بعتقه قبل رهنه قبل على نفسه لا المرتهن .

وقيل : يقبل من الموسر عليه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ كَانَ جَنَى ﴾ .

قبل على نفسه ، ولم يقبل على المرتهن ، إلا أن يصدقه .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يقبل إقرار الراهن على المرتهن : أيضاً . لأنه غير متهم . ويحلف له .

فعلى المذهب : يلزم المرتهن اليمين : أنه مايعلم ذلك . فإن نكل قضى عليه .

قوله ﴿ أَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ ، أَوْ غَصَبَهُ : قُبِلَ عَلَى نَفْسِهِ . وَلَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ، إلاَّ أَنْ يُصَدِّقَهُ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : حكمه حكم الإقرار بالعتق ، على ما تقدم .

فيأتى هنا وجه : أن الرهن يبطل مجانا .

وقال ابن رزين فى نهايته ، وناظمها هنـا كما قال فى الإقرار بالعتق . وجعلا الحـكم واحداً .

فائدة : لو أقر الراهن بالوطء بعد لزوم الرهن : قُبل فى حقه . ولم يقبل فى حق المرتهن . على الصحيح من المذهب . ويحتمل أن يقبل فى حق المرتهن أيضاً

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ مَرْكُوباً أَوْ مَحْلُوباً ، فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْكَبَ وَيَحْلِبَ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ ، مُتَحَرِّياً لِلْعَدْلِ فِي ذَلِكَ ﴾ .

وهـذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب . ونص عليه فى رواية محمد بن الحـكم ، وأحمد بن القاسم . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والخرقى ، والعمدة ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قال الناظم : وهو أولى .

قال الزركشى : هذه المشهورة ، والمعمول بها فى المذهب . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا يجوز .

نقل ابن منصور ـ فيمن ارتهن دابة ، فعلفها بغير إذن صاحبها ـ فالعلف على المرتهن . من أمره أن يعلف ؟

وهذه الرواية ظاهر ما أورده ابن أبي موسى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لافرق بين حضور الراهن وغيبته ، وامتناعه وعدمه . وهو صحيح . وهو المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين وغيرهم . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وأبى الخطاب ، والمجد وغيرهم .

وذكر جماعة : يجوز ذلك مع غيبة الراهن فقط . منهم القاضى فى الجامع الصغير ، وأبو الخطاب فى خلافه ، وصاحب التلخيص ، والحاويين .

زاد فى الرعايتين : أو منعها .

وشرط أبو بكر فى التنبيه : امتناع الراهن من النفقة .

وحمل ابن هبيرة فى الإفصاح كلام الخرقى على ذلك .

وقال ابن عقيل فى التذكرة : إذا لم يترك راهنه نفقته فعل ذلك .

تنبيهان

أحدهما : قد يقال : دخل فى قوله « أو محلوباً » الأمة المرضعة . وهو أحد الوجهين . جزم به الزركشى . وصححه فى الرعاية الكبرى . وأشار إليه أبو بكر فى التنبيه .

وقيل : لاتدخل . وهما روايتان مطلقتان فى الرعاية الصغرى .

الثانى : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه لا يجوز للمرتهن أن يتصرف فى غير المركوب والمحلوب . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو من المفردات .

قال المصنف ، والشارح : ليس للمرتهن أن ينفق على العبد والأمة ويستخدمهما بقدر النفقة ، على ظاهر المذهب . ذكره الخرقى . ونص عليه فى رواية الأثرم .

قال الزركشى : هذا أشهر الروايتين .

ونقل حنبل : له أن يستخدم العبد . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الفائق . وصححه فى الرعاية الكبرى .

لكن قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة . وأطلقهما فى المحرر ، وشرحه ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

فائدتان

إحداهما : إن فضل من اللبن فضلة باعه ، إن كان مأذوناً له فيه ، وإلا باعه الحاكم . وإن فضل من النفقة شىء رجع به على الراهن . قاله أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وغيرهما .

وظاهر كلامهم الرجوع هنا . وإنما لم يرجع إذا أنفق على الرهن فى غير هذه الصورة . قاله الزركشى .

وقال : لكن ينبغى أنه إذا أنفق متطوعاً لا يرجع بلا ريب . وهو كما قال .

الثانية : يجوز له فعل ذلك كله بإذن المالك ، إن كان عنده بغير رهن . نص عليهما .

وقال فى المنتخب : أو جهلت المنفعة .

وكره الإمام أحمد رحمه الله أكل الثمرة بإذنه .

ونقل حنبل : لا يسكنه إلا بإذنه ، وله أجرة مثله .

قوله ﴿ وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَى الرَّهْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ ، مَعَ إِمْكَانِهِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ ﴾ .

إذا أنفق المرتهن على الرهن بغير إذن الراهن ، مع إمكانه ، فلا يخلو ، إما أن ينوى الرجوع أو لا . فإن لم ينو الرجوع ، فهو متبرع بلا نزاع أعلمه .

وإن نوى الرجوع : فهو متبرع . على الصحيح من المذهب .

وهو ظاهر ما جزم به المصنف هنا . وهو ظاهر ما جزم فى الهداية ، والمذهب ،

والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع .

وحكى جماعة رواية : أنه كإذنه أو إذن حاكم .

قال المصنف : يخرج على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه .

قال الشارح : وهذا أقيس . إذ لايعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم . ويأتي كلامه في القواعد بعد هذا .

قوله ﴿ وَإِنْ عَجَزَ عَنِ اسْتِئْذَانِهِ ، وَلَمْ يَسْتَأْذِنِ الْحَاكِمَ . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والفروع .

إحداهما : يشترط إذنه . فإن لم يستأذنه فهو متبرع .

قال شارح المحرر : إذن الحاكم كإذن الراهن عند تعذره . وصححه في التصحيح. وجزم به ابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وظاهر ماجزم به في الفروع : أنه يشترط إذن الحاكم مع القدرة عليه .

والرواية الثانية : لايشترط إذنه . ويرجع على الراهن بما أنفق . وهو ظاهر ماجزم به في المحرر . وجزم به الوجيز .

قال في القواعد : إذا أنفق على عبد أو حيوان مرهون . ففيه طريقتان .

أشهرهما : أن فيه الروايتين اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره .

كذلك قال القاضي في المجرد والروايتين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والأكثرون . والمذهب عند الأصحاب الرجوع . ونص عليه في رواية أبي الحارث .

والطريق الثاني : أنه يرجع ، رواية واحدة . انتهى . فكلامه عام .

فائدة : لو تعذر استئذان الحاكم ، رجع بالأقل مما أنفق أو بنفقة مثله إن

أشهد . و إن لم يشهد فهل له الرجوع إذا نواه ؟ على روايتين . وأطلقهما فى الفروع

قلت : المذهب أنه متى نوى الرجوع مع التعذر ، فله ذلك . وعليه أكثر الأصحاب . ورجحه المصنف فى المغنى ، وغيره . وفى القواعد هنا كلام حسن .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الوَدِيعَةِ ، وَفِي نَفَقَةِ الْجَمَّالِ إِذَا هَرَبَ الجمالُ وَتَرَكَهَا فِي يَدِ المُكْتَرِى ﴾ .

قال فى الوجيز ، والفروع ، وغيرهما : وكذا حكم كل حيوان مؤجر ومودع . وكذا قال فى المحرر ، والفائق . وزاد : و إذا أنفق على الآبق حالة رده .

و يأتى ذلك فى الجعالة .

وقال فى الهداية وغيرها : وكذلك الحكم إذا مات العبد المرهون فكفنه .

أما إذا أنفق على الحيوان المودع ، فقال فى القاعدة الخامسة والسبعين : إذا أنفق عليه ناوياً للرجوع . فإن تعذر استئذان مالكه رجع . و إن لم يتعذر فطريقان .

أحدهما : أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى . والمذهب فى قضاء الدين : الرجوع ، كما يأتى فى باب الضمان . قال : وهذه طريقة المصنف فى المغنى .

والطريق الثانى : لا يرجع قولا واحداً . وهذه طريقة صاحب المحرر ، متابعا لأبى الخطاب . انتهى .

قلت : وهذه الطريقة هى المذهب . وهى طريقة صاحب التلخيص ، والفروع ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

ويأتى الكلام فى هذا فى الوديعة بأتم من هذا .

وأما إذا أنفق على الجمال إذا هرب الجمال ، فقال فى القاعدة المتقدمة : إذا أنفق على الجمال بغير إذن الحاكم . ففى الرجوع روايتان .

قال : ومقتضى طريقة القاضى : أنه يرجع . رواية واحدة .

ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم ، بخلاف ما ذكروه فى الرهن .
واعتبروه فى المودع واللقطة .

وفى المغنى . إشارة إلى التسوية بين الكل فى عدم الاعتبار ، وأن الانفاق بدون إذنه : يخرج على الخلاف فى قضاء الدين .

وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع .

وفى المغنى وغيره : وجه آخر أنه لا يعتبر . وهو الصحيح . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ انْهَدَمَتْ الدَّارُ ، فَعَمَّرَهَا المرْتَهِنُ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ : لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ﴾ .

وكذلك قال القاضى فى المجرد ، وصاحب المحرر ، وغيرهم . وهذ المذهب ، بلا ريب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز . وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والقواعد الفقهية .

فعلى هذا : لا يرجع إلا بأعيان آلته .

وجزم القاضى فى الخلاف الكبير : أنه يرجع بجميع ما عمر فى الدار . لأنه من مصلحة الرهن . وجزم به فى النوادر . وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فيمن عمر وقفا بالمعروف : ليأخذْ عوضه . فيأخذه من مغله .

وقال ابن عقيل : ويحتمل عندى أنه يرجع بما يحفظ أصل مالية الدار لحفظ وثيقته .

وقال ابن رجب فى القاعدة المذكورة أعلاه ، ولو قيل : إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون به لم يرجع . وإن كان دون حقه ، أو فوق حقه ، ويخشى من تداعيها للخراب شيئاً فشيئا ، حتى تنقص عن مقدار الحق . فله أن يعمر ويرجع : لكان متجها . انتهى .

قلت : وهو قوى .

قوله ﴿ وَإذَا جَنَى الرَّهْنُ جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، تَعَلَّقَ أَرْشُهُ بِرَقَبَتِه وَلِسَيِّدِهِ فِدَاؤُهُ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ أَو أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، أَوْ بَيْعُهُ فِي الجِنَايَةِ أَوْ تَسْلِيمُهُ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ . فَيَمْلِكُهُ ﴾ .

يعنى إذا كانت الجناية تستغرقه ، إذا اختار السيد فداءه ، فله أن يفديه بأقل الأمرين : من قيمته أو أرش جنايته ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايتين .

قال الشارح : هذا أصح الروايتين . وصححه فى النظم وغيره . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم .

قال ابن منجا وغيره : هذا المذهب .

وعنه إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش . وهما وجهان مطلقان فى الكافى .

تنبيه : خير المصنف السيد بين الفداء والبيع والتسليم . [وهو المذهب هنا . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، والمغنى ، وتجريد العناية ، و إدراك الغاية ، وغيرهم .

وقال فى المغنى ، والشرح : يخير السيد بين فدائه و بين تسليمه للبيع . فاقتصر عليهما .

وأما الزركشي فقال : الخيرة بين الثلاثة : إحدى الروايات . والرواية الثانية : يخير بين فدائه و بيعه . والرواية الثالثة : يخير بين فدائه ، أو دفعه بالجناية .

وهذه الروايات ذكرهن فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما فى مقادير الديات .

و يأتى ذلك فى باب مقادير ديات النفس فى كلام المصنف .

و يأتى هناك : إذا جنى العبد عمداً وأحكامه .

ولم نر من ذكرهن هنا إلا الزركشي . وهو قياس مافى مقادير الديات . بل هذه المسألة هنا فرد من أفراده هناك . لكن اقتصارهم هنا على الخيرة بين الثلاثة وهنا بين شيئين على الصحيح ـ على ما يأتى ـ يدل على الفرق . ولا نعلمه .

لكن ذكر فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس ـ بعد أن قطعوا بما تقدم ـ أن غير المرهون كالمرهون . وهو أظهر . إذ لا فرق بينهما . والله أعلم][1] .

[قال الزركشي : هذا إحدى الروايات فى الرعايتين والحاويين . وجزم به ابن منجا فى شرحه . وهو ظاهر ما جزم به الشارح .

والثانية : يخير بين البيع والفداء . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والثالثة : يخير بين التسليم والفداء . وأطلقهن الزركشى .

ويأتى ذلك فى باب مقادير ديات النفس فى كلام المصنف . ويأتى هناك : إذا جنى العبد عمداً وأحكامه][2] .

قوله ﴿ فإنْ لَمْ يَسْتَغْرِقِ الْأَرْشُ قِيمَتَهُ : بِيعَ مِنْهُ بِقَدْرِهِ . وَ بَاقِيهِ رَهْنٌ ﴾

هذا المذهب . قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والكافى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والخلاصة .

وقيل : يباع جميعه . ويكون باقى ثمنه رهنا . وهو احتمال فى الحاويين . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والتلخيص ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ويباع بقدر الجناية .

فإن نقصت قيمته بالتشقيص : بيع كله .

---

(١) مابين المربعين زيادة بخط المصنف فى هامش نسخته .

(٢) مابين المربعين زيادة بالأحمدية .

قلت : وهو الصواب .

تنبيه : محل الخلاف عند المصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم : إذا لم يتعذر بيع بعضه . أما إن تعذر بيع بعضه : فإنه يباع جميعه قولا واحد .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ اخْتَارَ المرْتَهِنُ فِدَاءَهُ ، فَفَدَاهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ : رَجَعَ بِهِ ﴾ .

بلا نزاع . ويأتى قريباً : لو شرط المرتهن جعله رهناً بالفداء مع الدين الأول : هل يصح أم لا ؟ .

وقوله ﴿ وَإِنْ فَدَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ ؟ على روايتين ﴾ .

وتحرير ذلك : أن المرتهن إذا اختار فداءه ففداه ، فلا يخلو : إما أن يكون بإذن الراهن أولا . فإن فداه بإذن الراهن : رجع بلا نزاع .

لكن هل يفديه بالأقل من قيمته ، أو أرش جنايته ؟ أو يفديه بجميع الأرش ؟ فيه الروايتان المتقدمتان .

وإن فداه بغير إذنه ، فلا يخلو : إما أن ينوى الرجوع أولا . فإن لم ينو الرجوع : لم يرجع . وإن نوى الرجوع ، فهل يرجع به ؟ على روايتين ويحمل كلام المصنف على ذلك . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والزركشى .

قال أبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والحاويين ، والزركشى ، وغيرهم : بناء على من قضى دين غيره بغير إذنه .

ويأتى فى باب الضمان : أنه يرجع . على الصحيح من المذهب . فكذا هنا عند هؤلاء .

إحداهما : لا يرجع . جزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والوجيز . وصححه فى التصحيح ، والنظم .

قلت : وهو أصح . لأن الفداء ليس بواجب على الراهن .

قال فى القواعد : قال أكثر الأصحاب : ـ القاضى وابن عقيل ، وأبي الخطاب ـ إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع .

وقال الزركشى . وقيل : لا يرجع هنا . وإن رجع من أدى حقاً واجباً عن غيره . اختاره أبو البركات .

والرواية الثانية : يرجع . قال الزركشى : وبه قطع القاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما . وهذا المذهب عند من بناه على قضاء دين غيره بغير إذنه .

فوائد

إحداها : لو تعذر استئذانه ، فقال ابن رجب : خرج على الخلاف فى نفقة الحيوان المرهون ، على ما تقدم .

وقال صاحب المحرر : لا يرجع بشىء . وأطلق . لأن المالك لم يجب عليه الافتداء هنا . وكذلك لو سلمه لم يلزمه قيمته ليكون رهناً .

وقد وافق الأصحاب على ذلك . وإنما خالف فيه ابن أبي موسى . انتهى .

الثانية : لو شرط المرتهن كونه رهناً بفدائه ، مع دينه الأول : لم يصح . وقدمه فى الكافى ، والرعاية الكبرى .

وفيه وجه آخر : يصح . اختاره القاضى . وقدمه الزركشى .

قال فى الفائق : جاز فى أصح الوجهين .

قلت : فيعايى بها .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع [والمصنف فى هذا الكتاب ، فى مقادير الديات] .

الثالثة : لو سلمه لولى الجناية فرده ، وقال : بِعْهُ وأحضر الثمن : لزم السيد ذلك . على إحدى الروايات[1] . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

---

(١) فى الأحمدية « على الصحيح من المذهب » .

وعنه لا يلزمه . وقيل : يبيعه الحاكم .

قلت : وهو الصواب . صححه فى الخلاصة ، والتصحيح .

قال فى الرعاية — من عنده — هذا إذا لم يفده المرتهن .

وتأتى هذه المسألة فى كلام المصنف فى آخر باب مقادير ديات النفس محررة مستوفاة .

قوله ﴿ وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقِصَاصِ ، فَلِسَيِّدِهِ الْقِصَاصُ ﴾

هذا المذهب مطلقاً . جزم به فى الشرح ، والوجيز . وهو ظاهر ما جزم به فى المحرر ، والكافى ، والفروع . وقدمه ابن منجا فى شرحه ، ونهاية ابن رزين ، ونظمهما .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : جواز القصاص .

وقيل : ليس له القصاص بغير رضى المرتهن . وحكاه ابن رزين رواية . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة . واختاره القاضى ، وابن عقيل . قاله فى القواعد . وقدمه فى الفائق ، والرعايتين .

وقال فى الحاويين : ولسيده القود فى العمد برضى المرتهن . وإلا جعل قيمة أقلهما قيمة رهنا . نص عليه .

قال فى التلخيص : ولا يقتص إلا بإذن المرتهن ، أو إعطائه قيمته رهناً مكانه

قوله ﴿ فَإِنِ اقْتَصَّ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ أَقَلِّهِمَا قِيمَةً ، تُجْعَلُ مَكَانَهُ ﴾ .

يعنى يلزم الضمان . وهذا المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة . والوجيز ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وقال الزركشى : هذا المشهور عند الأصحاب ، والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى القواعد الفقهية : اختاره القاضى ، والأكثرون .

وقيل : لايلزمه شىء . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح .

قال فى المحرر : وهو أصح عندى . وقطع به ابن الزاغونى فى الوجيز . وحكى عن القاضى . قاله الزركشى .

وحكاهما فى الكافى وجهين ، وأطلقهما .

تنبيه : قوله ﴿ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ أَقَلِّهِمَا قِيمَةً ﴾

هكذا قال المصنف هنا ، والشارح ، وصاحب الحاويين ، والفائق . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

قال فى القواعد : قاله القاضى ، والأكثرون .

وقيل : يلزمه أرش الجناية . وجزم به فى المحرر . وقدمه فى الرعاية الكبرى

قال فى القواعد : وهو المنصوص .

قال ابن منجا ، قال فى المغنى : إن اقتص أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهنا

قال : فظاهره أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجانى . قال : وهو متجه . انتهى

قلت : الذى وجدناه فى المغنى فى الرهن ــ عند قول الخرقى « وإذا جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم فى ذلك السيد » ــ أنه قال : فإذا اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة ، فجعلت مكانه رهنا . نص عليه . هذا لفظه .

فلعل ابن منجا رأى ما قال فى غير هذا المكان .

تنبيهات

الأول : معنى قوله « فعليه قيمة أقلهما قيمة » لو كان العبد المرهون يساوى عشرة وقاتله يساوى خمسة ، أو عكسه : لم يلزم الراهن إلا خمسة . لأنه فى الأولى

لم يفوت على المرتهن إلا ذلك القدر . وفى الثانية : لم يكن حق المرتهن متعلقا إلا بذلك القدر .

الثانى : محل الوجوب : إذا قلنا الواجب فى القصاص أحد شيئين . فإذا عينه بالقصاص ، فقد فوت المال الواجب على المرتهن .

وظاهر كلامه فى الكافى : أن الخلاف على قولنا « موجب العمد القود عينا » فأما إن قلنا : موجبه أحد شيئين : وجب الضمان .

قال فى القواعد : وهو بعيد .

وأما إذا قلنا : الواجب القصاص عينا ، فإنه لا يضمن قطعاً .

وأطلق القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف هنا الخلاف من غير بناء .

قال فى القواعد : ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد شيئين .

قال فى التلخيص : وإن عفا ـ وقلنا الواجب أحد أمرين ـ أخذت منه القيمة ، وإن قلنا : الواجب القصاص ، فلا قيمة على أصح الوجهين .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتُصَّ مِنْهُ ، هُوَ أَوْ وَرَثَتُهُ ﴾ .

وكذا قال الأصحاب . يعنى حكمه حكم ما إذا كانت الجناية على العبد المرهون من أجنبى ، واقتص السيد : من الخلاف والتفصيل على ما مر .

قال المصنف ، وابن رزين ، والشارح : فإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو : إما أن تكون موجبة للقود ، أو غير موجبة له ، كجناية الخطأ ، أو إتلاف المال .

فإن كانت خطأ ، أو موجبة للمال : فهدر .

وإن كانت موجبة للقود ، فلا يخلو : إما أن يكون على النفس أو على مادونها .

فإن كانت على مادونها ، بأن عفا على مال : سقط القصاص ، ولم يجب المال .

وكذلك إن عفا على غير مال . وإن أراد أن يقتص فله ذلك . فإن اقتص فعليه قيمته تكون رهنا مكانه ، أو قضاء عن الدين .

قال الشارح : ويحتمل أن لايجب عليه شيء .

وكذلك إن كانت الجناية على النفس ، فاقتص الورثة ، فهل تجب عليهم القيمة ؟ يخرج على ماذكرنا . وليس للورثة العفو على مال .

وذكر القاضي وجهاً : لهم ذلك . وأطلقهما في الفروع .

فإن عفا بعض الورثة سقط القصاص . وهل يثبت لغير العافى نصيبه من الدية ؟ على الوجين . انتهى كلامهما .

قوله ﴿ فَإِنْ عَفَا السَّيِّدُ عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ . فَمَا قَبَضَ مِنْهُ جُعِلَ مَكَانَهُ ﴾ .

لاأعلم فيه خلافا .

فائدة : لو عفا السيد على غير مال أو مطلقاً ــ وقلنا : الواجب القصاص عينا ــ كان كما لو اقتص . فيه القولان السابقان . قاله المصنف ، والشارح .

وصحح صاحب التلخيص : أنه لاشيء على السيد هنا ، مع أنه قطع هناك بالوجوب . كما هو المنصوص .

قوله ﴿ فَإِنْ عَفَا السَّيِّدُ عَنِ المَالِ : صَحَّ فِي حَقِّهِ . وَلَمْ يَصِحّ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ . فَإِذَا انْفَكَّ الرَّهْنُ رُدّ إِلَى الْجَانِي ﴾ .

يعنى إذا عفا السيد عن المال الذى وجب على الجانى بسبب الجناية : صح فى حق الراهن . ولم يصح فى حق المرتهن ، بمعنى أنه يؤخذ من الجانى الأرش ، فيدفع إلى المرتهن . فإذا انفك الرهن رد ما أخذ من الجانى إليه . وهذا المذهب .

قال فى الفروع : هذا الأشهر . واختاره القاضى . وجزم به فى الوجيز ، والنظم . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، وابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والفائق ، والحاويين .

وقال أبو الخطاب : يصح . وعليه قيمته - يعنى على الراهن قيمته - تجعل رهناً مكانه . جزم به فى الهداية ، والمذهب .

قال الزركشى : وهو قول صاحب التلخيص . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : لايصح مطلقاً . واختاره المصنف فى المغنى ، وقال : هو أصح فى النظر . وقدمه فى الرعاية الكبرى . واختاره فى الفائق . وأطلقهن الزركشى .

تنبيه : محل الخلاف : إذا قلنا الواجب أحد شيئين .

فأما إن قلنا : الواجب القصاص عينا : فلا شىء على المرتهن . كما تقدم .

فعلى المذهب : إن استوفى المرتهن حقه من الراهن : رد ما أخذ من الجانى ، كما قال المصنف .

و إن استوفاه من الأرش . فقيل : يرجع الجانى على العافى . وهو الراهن . لأن ماله ذهب فى قضاء دين العافى .

قلت : وهو الصواب . ثم رأيت ابن رزين قدمه فى شرحه .

وقيل : لايرجع عليه . لأنه لم يوجد منه فى حق الجانى مايقتضى وجوب الضمان . و إنما استوفى بسبب كان منه حال ملكه له . فأشبه مالو جنى إنسان على عبده ، ثم رهنه لغيره ، فتلف بالجناية السابقة . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى والشرح ، والفائق ، والفروع ، والزركشى .

فائدة : لو أتلف الرهن متلف ، وأخذت قيمته .

قال فى القاعدة الحادية والأربعين : ظاهر كلامهم : أنها تكون رهناً بمجرد الأخذ .

وفرع القاضى على ذلك : أن الوكيل فى بيع المتلف يملك بيع البدل المأخوذ بغير إذن جديد .

وخالفه صاحب الكافى ، والتلخيص .

وظاهر كلام أبى الخطاب فى الانتصار ، فى مسألة إبدال الأضحية : أنه لا يصير رهناً إلا بجعل الراهن .

قوله ﴿ وَإنْ وَطِىءَ المرْتَهِنُ الجارِيَةَ مِنْ غَيْرِ شُبْهةٍ فَعَلَيْهِ الحدُّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه وعليه الأصحاب . وعنه : لا حد .

قوله ﴿ وَإنْ وَطِئَهَا بِإذْنِ الرَّاهِنِ ، وَادَّعَى الجَهَالَةَ ، وَكَانَ مِثْلُهُ يَجْهَلُ ذَلِكَ . فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَلاَ مَهْرَ عَلَيْهِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب مطلقا . وعليه الأكثر .

وقيل : يجب المهر المكرهة .

قوله ﴿ وَوَلَدُهُ حُرٌّ لاَ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ﴾ .

يعنى إذا وطئها بإذن الراهن ، وهو يجهل . وهذا الصحيح من المذهب .

قال أبو المعالى — فى النهاية — هذا الصحيح . واختاره القاضى فى الخلاف . وهو ظاهر كلامه فى الكافى . وجزم به فى الهداية ، والفصول ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

وقال ابن عقيل : لا تسقط قيمة الولد . لأنه حال بين الولد ومالكه باعتقاده ، فلزمته قيمته ، كالمغرور . وقدمه فى المغنى . وصححه فى الرعاية . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

فائدتان

إحداهما : لو وطئها من غير إذن الراهن ، وهو يجهل التحريم : فلا حد . وولده حر . وعليه الفداء والمهر .

الثانية : لو كان عنده رهون لا يعلم أربابها : جاز له بيعها ، إن أيس من معرفتهم . ويجوز له الصدقة بها ، بشرط ضمانها . نص عليه .

وفى إذن الحاكم فى بيعه مع القدرة عليه ، وأخذ حقه من ثمنه ، مع عدمه : روايتان ، كشراء وكيل . وأطلقهما فى الفروع . وهو ظاهر الشرح ، والمغنى .

قال فى القاعدة السابعة والتسعين : نص الإمام أحمد رحمه الله على جواز الصدقة بها فى رواية أبى طالب ، وأبى الحارث .

وتأوله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل : على أنه تعذر إذن الحاكم . وأنكر ذلك المجد وغيره . وأقروا النصوص على ظاهرها .

وقال فى الفائق : ولا يستوفى حقه من الثمن . نص عليه .

وعنه : بلى . ولو باعها الحاكم ووفاه : جاز . انتهى .

وقدم فى الرعاية الكبرى : ليس له بيعه بغير إذن الحاكم .

ويأتى فى آخر الغصب : إذا بقيت فى يده غصوب لايعرف أربابها ، فى كلام المصنف .

ويأتى فى باب الحجر : أن المرتهن أحق بثمن الرهن فى حياة الراهن وموته مع الإفلاس ، على الصحيح من المذهب .

باب الضمان

فائدة : اختلفوا فى اشتقاقه .

فقيل : هو مشتق من « الانضمام » لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن منجا . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمذهب الأحمد ، والمصنف هنا ، والرعايتين .

قال فى المستوعب : قاله بعض أصحابنا .

قال ابن عقيل : وليس هذا بالجيد .

قال الزركشى : ورُدَّ بأنّ لام الكلمة فى « الضم » ميم . وفى « الضمان » نون . وشرط صحة الاشتقاق : وجود حروف الأصل فى الفرع .

ويجاب بأنه من الاشتقاق الأكبر . وهو المشاركة فى أكثر الأصول مع ملاحظة المعنى . انتهى .

وقيل : مشتق من « التضمن » قاله القاضى . وصوبه فى المطلع . لأن ذمة الضامن تتضمن الحق .

قال فى التلخيص : ومعناه تضمين الدين فى ذمة الضامن .

وقيل : هو مشتق من « الضِّمن » قال فى الفائق : وهو أرجح .

قال ابن عقيل : والذى يتلوَّح لى : أنه مأخوذ من « الضمن » فتصير ذمة الضامن فى ضمن ذمة المضمون عنه . فهو زيادة وثيقة . انتهى .

هذا الخلاف فى الاشتقاق . وأما المعنى : فواحد .

قوله ﴿ وَهُوَ ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ المضْمُونِ عَنْهُ فِى الْتِزَامِ الحَقِّ ﴾

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب الأحمد ، والكافى ، والهادى . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

وقال فى الوجيز : هو التزام الرشيد مضموناً فى يد غيره ، أو ذمته ، حالا أو مآلاً .

وقال فى الفروع : هو التزام من يصح تبرعه ، أو مفلس : ماوجب على غيره مع بقائه ، وقد لا يبقى .

وقال فى المحرر : هو التزام الإنسان فى ذمته دين المديون مع بقائه عليه .

وليس بمانع ، لدخول من لايصح تبرعه . ولا جامع ، لخروج ماقد يجب والأعيان المضمونة ، ودين الميت إن برىء بمجرد الضمان ، على رواية تأتى .

قال فى الفائق : وليس شاملاً ماقد يجب

وقال فى التلخيص : معناه تضمين الدين فى ذمة الضامن ، حتى يصير مطالباً به مع بقائه فى ذمة الأصيل .

فائدة : يصح الضمان بلفظ « ضمين ، وكفيل ، وقبيل ، وحميل ، وصبير ، وزعيم » أو يقول « ضمنت دينك » أو « تحملته » ونحو ذلك .

فإن قال « أنا أؤدى » أو « أحضر » لم يكن من ألفاظ الضمان . ولم يصر ضامناً به .

ووجه فى الفروع الصحة بالتزامه . قال : هو وظاهر كلام جماعة فى مسائل .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب : يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً . مثل قوله « زَوِّجه وأنا أؤدى الصداق ، أو بعه وأنا أعطيك الثمن ، أو اتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك » ونحو ذلك .

قوله ﴿ وَلِصَاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ﴾ .

بلا نزاع . وله مطالبتهما معا أيضاً . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره .

قوله ﴿ فِى الْحيَاةِ وَالموْتِ ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . وعليه الأصحاب . فلو مات أحدهما فمن التركة .

قال فى الفروع : والمذهب حياة وموتاً .

وعنه يبرأ المديون بمجرد الضمان إن كان ميتاً مفلسا . نص عليه ، على ما يأتى .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إلاَّ مِنْ جائزِ التَّصَرُّفِ ﴾ .

يستثنى من ذلك : المفلس المحجور عليه . فإنه يصح ضمانه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وقد صرح به المصنف فى هذا الكتاب فى باب الحجر . حيث قال « وإن تصرف فى ذمته بشراء ، أو ضمان ، أو إقرار : صح » وقدمه فى الفروع .

وفى التبصرة رواية : لا يصح ضمان المفلس المحجور عليه . وهو ظاهر كلام

المصنف هنا . أو يكون مفهوم كلامه هنا مخصوصا بما صرح به هناك . وهو أولى .

قال فى الفروع : فيتوجه على هذه الرواية عدم صحة تصرفه فى ذمته .

تنبيهان

أحدهما : قال فى الرعايتين ، والحاويين : ومن صح تصرفه بنفسه صح ضمانه . ومن لا فلا .

وقيل : يصح ضمان من حجر عليه لسفه ، ويتبع به بعد فك الحجر كالمفلس . وصرحوا بصحة ضمان المفلس . ويتبع به بعد فك الحجر . فيكون عموم كلامهم أولاً مخصوص بغير المحجور عليه للمفلس .

الثاني : دخل فى عموم كلام المصنف : صحة ضمان المريض . وهو صحيح . فيصح ضمانه . بلا نزاع .

لكن إن مات فى مرضه حُسب ماضمنه من ثلثه .

فائدة : فى صحة ضمان المكاتب لغيره وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية الصغرى ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يصح . قال فى المحرر وغيره : ولا يصح إلا من جائز تبرعه سوى المفلس المحجور عليه .

قال فى الرعاية الكبرى ، والحاويين ، وغيرهم : ومن صح تصرفه بنفسه — زاد فى الرعاية : وتبرعه بماله — صح ضمانه .

والوجه الثانى : يصح . قال ابن رزين : ويتبع به بعد العتق . كالقِنِّ .

وقيل : يصح بإذن سيده . ولا يصح بغير إذنه . ولعله المذهب . وجزم به فى الكافى .

وقدم فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين : عدم الصحة . إذا كان بغير إذن سيده . وأطلقوا الوجهين إذا كان بإذنه .

قوله ﴿ فَإِنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المضْمُونِ عَنْهُ : بَرِئَ الضَّامِنُ . وَإِنْ بَرِئَ الضَّامِنُ ، أَوْ أَقَرَّ بِبَرَاءَتِهِ : لَمْ يَبْرَأْ المضْمُونِ عَنْهُ ﴾ بلا نزاع .

ويأتى بعد قوله « وإن اعترف المضمون له بالقضاء . لو قال : برئت . إلى أو أبرأتك » .

قوله ﴿ وَلَوْ ضمِنَ ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ عَن ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، فَأَسْلَمَ المضْمُون لَهُ أَوِ المضْمُونُ عَنْهُ : بَرِئَ هُوَ وَالضَّامِنُ مَعًا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . نص عليه .

وعنه إن لم يسلم المضمون له فله قيمتها .

وقيل : أو يوكلا ذمياً يشتريها .

ولو أسلم ضامنها برىء وحده .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إِلاَّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ . وَلاَ يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ ، وَلاَ صَبِيٍّ ، وَلاَ سَفِيهٍ ﴾ .

أما المجنون : فلا يصح ضمانه قولا واحدا .

وكذا الصبى غير المميز ، وكذا المميز . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقدمه فى الكافى ، والفروع ، وغيرهما . وصححه فى الفائق ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وعنه يصح ضمانه .

قال المصنف ، والشارح : خرج أصحابنا صحة ضمانه على الروايتين فى صحة إقراره . ويأتى حكم إقراره فى بابه .

وقال ابن رزين ، وقيل : يصح ، بناء على تصرفاته . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وقال فى الكافى : وخرج بعض أصحابنا صحة ضمان الصبى بإذن وليه ، على الروايتين فى صحة بيعه .

وقال فى الرعاية : الكبرى ، وقيل يصح بإذن وليه .

فعلى المذهب : لو ضمن ، وقال : كان قبل بلوغى ، وقال خصمه : بل بعده . فقال القاضى : قياس قول الإمام أحمد رضى الله عنه : أن القول قول المضمون له . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : القول قول الضامن .

قلت : وهى شبيهة بما إذا باع ، ثم ادعى الصغر بعد بلوغه ، على ماتقدم فى الخيار ، عند قوله « وإن اختلفا فى أجل أو شرط . فالقول قول من ينفيه » .

والمذهب هناك : لا يقبل قوله . فكذا هنا . وأطلقهما فى الرعايتين ، والفائق ، والحاويين .

وأما السفيه المحجور عليه : فالصحيح من المذهب : أنه لايصح ضمانه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال الشارح : هذا أولى .

وقيل : يصح . وهو احتمال للقاضى ، وأبى الخطاب . قاله فى المستوعب . وهو وجه فى المذهب .

قال فى الكافى : وقال القاضى : يصح ضمان السفيه ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه .

قال : وهو بعيد . وأطلقهما فى المذهب .

قوله ﴿ وَلا مِنْ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ﴾ .

هذا المذهب ، بلا ريب . نص عليه . وعليه الأصحاب . ويحتمل أن يصح

ويتبع به بعد العتق . وهو لأبى الخطاب . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله فيطالبه به بعد عتقه .

قال فى التلخيص : والمنصوص يصح ، بعد أن أطلق وجهين .

قال فى القواعد الأصولية : الصحة أظهر .

قوله ﴿ وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وحكى ابن رزين فى نهايته وجها بعدم الصحة .

قوله ﴿ وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ على روايتين ﴾ .

وقيل : وجهان . وأطلقهما فى الكافى ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمذهب الأحمد .

إحداهما : يتعلق بذمة سيده . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الفروع . ذكره فى آخر الحجر .

قال ابن عقيل : ظاهر المذهب وقياسه : أن يتعلق بذمة سيده .

والرواية الثانية : يتعلق برقبته .

قال القاضى : قياس المذهب : أن المال يتعلق برقبته . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح ابن رزين .

قال ابن منجا فى شرحه : منشؤهما أن ديون المأذون له فى التجارة : هل تتعلق برقبته ، أو بذمة سيده ؟ .

وقال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : الصحيح هناك التعلق بذمة سيده .

وقال ابن رزين فى شرحه : و يتعلق برقبته . وقيل : بذمة سيده .

وقيل : فيه روايتان كاستدانته . و يأتى ذلك فى آخر الحجر .

واختار فى الرعاية : أن يكون فى كسبه . فإن عدم ففى رقبته .

فائدة : يصح ضمان الأخرس . إذا فهمت إشارته ، و إلا فلا .

قوله ﴿ وَلاَ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم . وصححه الناظم وغيره .

وقال القاضي : يعتبر معرفتهما . واختاره ابن البنا .

وذكر القاضي وجها آخر : يعتبر معرفة المضمون له ، دون معرفة المضمون عنه .

قوله ﴿ ولاَ كَوْنُ الْحَقِّ مُعْلومًا ﴾ .

يعنى : إذا كان مآله إلى العلم ﴿ ولا واجباً ﴾ إذا كان مآله إلى الوجوب .

﴿ فَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ مَا عَلَى فُلاَنٍ ، أو ما تُدَايِنُهُ بِهِ : صح ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى المغنى : احتمال أنه لايصح ضمان ما سيجب .

فعلى : المذهب يجوز له إبطال الضمان قبل وجوبه . على الصحيح من المذهب قال في المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاويين ، والفروع : له إبطاله قبل وجوبه في الأصح . وجزم به في المنور ، وغيره .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وغيره .

وقيل : ليس له إبطاله .

فائدتان

إحداهما : لايصح ضمان بعض الدَّين مبهما . على الصحيح من المذهب . جزم به في المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهما . وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وقال أبو الخطاب : يصح ، و يفسره .

وقال فى عيون المسائل : لاتعرف الرواية عن إمامنا . فيمنع . وقد سلمه بعض الأصحاب لجهالته حالا ومآلا .

ولو ضمن أحد هذين الدينين لم يصح قولا واحدا .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله صحة ضمان الحارس ونحوه وتجار الحرب ، مايذهب من البلد أو البحر ، وأن غايته ضمان مالم يجب . وضمان المجهول ، كضمان السوق . وهو أن يضمن مايجب على التجار للناس من الديون . وهو جائز عند أكثر العلماء ، كمالك وأبى حنيفة . والإمام أحمد رحمهم الله .

الثانية : لو قال : ماأعطيتَ فلاناً فهو علىَّ . فهل يكون ضامناً لما يعطيه فى المستقبل ، أو لما أعطاه فى الماضى ، مالم تصرفه قرينة عن أحدهما ؟ فيه وجهان ذكرها فى الإرشاد . وأطلقهما فى المستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والحاوى الكبير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : يكون للماضى .

قال الزركشى : يحتمل أن يكون ذلك مراد الخرقى . و يرجحه إعمال الحقيقة ، وجزم به فى المنور . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه فى النظم .

والوجه الثانى : يكون للمستقبل . وصححه شارح المحرر . وحمل المصنف كلام الخرقى عليه . فيكون اختيارَ الخرقى .

قال فى الفروع : وما أعطيت فلانا علىَّ ونحوه ، ولا قرينة : قبل منه . وقيل : للواجب . انتهى .

وقد ذكر النحاة الوجهين . وقد ورد للماضى فى قوله تعالى (٣ : ١٧٣ الذين قال لهم الناس) وورد للمستقبل فى قوله تعالى (٢ : ١٦٠ إلا الذين تابوا) قاله الزركشى .

قلت : قد يتوجه أنه للماضى والمستقبل . فيقبل تفسيره بأحدهما . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ وَيَصِحُ ضَمَانُ دَيْنِ الضَّامِنِ ﴾ أى الدين الذى ضمنه الضامن . فيثبت الحق فى ذمم الثلاثة .

وكذا يصح ضمان الدين الذى كفله الكفيل . فيبرأ الثانى بإبراء الأول ، ولا عكس .

وإن قضى الدين الضامن الأول ، رجع على المضمون عنه .

وإن قضاه الثانى رجع على الضامن الأول . ثم يرجع الأول على المضمون عنه ، إذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه . وإن لم يكن إذن ففى الرجوع روايتان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قلت : المذهب الرجوع . على مايأتى فيما إذا قضى الضامن الدين .

وقال فى الرعاية ، فى هذه المسألة : ولم يرجع الأول على أحد ، على الأظهر .

ويأتى بعض مسائل تتعلق بالضامن إذا تعدد وغيره فى الكفالة . فليعلم .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ وَغَيْرِهِ ﴾ .

أى غير المفلس .

يصح ضمان دين الميت المفلس بلا نزاع .

ويصح ضمان دين الميت غير المفلس . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه لا يصح .

قوله ﴿ وَلَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، وغيره .

والرواية الثانية : يبرأ بمجرد الضمان . نص عليها . وتقدمت .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ ضَمَانُ عُهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنِ البَائِعِ لِلْمُشْتَرِى ، وَعَنِ الْمُشْتَرِى لِلْبَائِعِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

وحكى الناظم وغيره : فيه خلافاً .

فضمانه عن المشترى للبائع : أن يضمن الثمن الواجب قبل تسليمه . أو إن ظهر به عيب ، أو استحق .

وضمانه عن البائع للمشترى : أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً ، أو رد بعيب أو أرش العيب .

فضمان العهدة فى الموضعين : هو ضمان الثمن أو بعضه عن أحدهما للآخر .

وأصل العهدة : هو الكتاب الذى تكتب فيه الوثيقة للبيع . ويذكر فيه الثمن . ثم عبر به عن الثمن الذى يضمنه .

وألفاظ ضمان العهدة « ضمنت عهدته ، أو ثمنه ، أو دركه » أو يقول للمشترى « ضمنت خلاصك منه . أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن » وهذا المذهب فى ذلك كله .

وقال أبو بكر فى التنبيه ، والشافى : لا يصح ضمان الدرك .

قال بعض الأصحاب : أراد أبو بكر : ضمان العهدة . ورد .

فقال القاضى : لا يختلف المذهب : أن ضمان الدرك لثمن المبيع يصح . و إنما الذى لا يصح : ضمان الدرك لعين المبيع . وقد بينه أبو بكر . فقال : إنما ضمنه يريد الثمن ، لا الخلاص . لأنه إذا باع مالا يملك فهو باطل . أومأ إلى هذا الإمام أحمد رحمه الله .

فوائد

الأولى : لو بنى المشترى ونقضه المستحق . فالأنقاض للمشترى . ويرجع

بقيمة التالف على البائع . وهل يدخل فى ضمان العهدة فى حق ضامنها ؟ على وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يدخل فى ضمان العهدة . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والثانى : لايدخل . وهو ظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح . فإنهما ماضَمَّناه إلا إذا ضمن ما يحدث فى المبيع من بناء ، أو غراس .

الثانية : لو خاف المشترى فساد البيع بغير استحقاق المبيع ، أو كون العوض معيباً ، أو شك فى كمال الصَّنْجة ، وجودة جنس الثمن ، فضمن ذلك صريحاً : صح كضمان العهدة . و إن لم يصرح ، فهل يدخل فى مطلق ضمان العهدة ؟ على وجهين وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية .

الثالثة : يصح ضمان نقص الصنجة ، ونحوها . ويرجع بقوله — مع يمينه — على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايرجع إلا ببينة فى حق الضامن .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الكِتَابَةِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايتَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب مطلقاً . جزم به فى الوجيز ، والنظم ، وغيرها . وقدمه فى الفروع والكافى . وقال : هذا المذهب .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : هذا أصح . وصححه ابن منجا فى شرحه

والرواية الثانية : يصح ضمانه . سواء كان الضامن حراً أو غيره . وحكَاها فى الخلاصة وجهاً . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وقال القاضى : يصح ضمانه إذا كان حراً ، لسعة تصرفه . قدمه ابن رزين فى شرحه . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وتقدم : هل يصح أن يكون المكاتب ضامناً ، أو لا ؟

ويأتى فى باب الكتابة « إذا ضمن أحد المكاتبين الآخر ، هل يصح أم لا ؟ »

قوله ﴿ وَلاَ يصِحُّ ضَمَانُ الأَمَانَاتِ ، كَالوَدِيعَةِ وَنَحْوِهَا ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يصح . وحمل على التعدى ، كتصريحه به . فإنه يصح . بلا نزاع .

وقد صرح به المصنف هنا وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ فأَمّا الأَعْيَانُ المَضْمُونَةُ ـ كَالْعَوَارِى ، وَالغصُوبِ ، والمقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ـ فَيَصِحُّ ضَمَانُهَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه لا يصح ضمانها .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ أن المقبوض على وجه السوم من ضمان القابض ، وأن ضمانه يصح .

والأصحاب ـ رحمهم الله ـ ينـكرون مسألة ضمان المقبوض على وجه السوم . فى فصل « من باع مكيلا أو موزونا » ويذكرونها أيضاً فى أحكام القبض . ويذكرون مسألة الضامن هنا ، ومسألة صحة ضمان الضامن للمقبوض على وجه السوم مترتبة على ضمانه بقبضه .

واعلم أنه قد ورد عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى ضمان المقبوض على وجه السوم نصوص .

فنقل حرب ، وأبو طالب ، وغيرهما : ضمان المقبوض على وجه السوم .

ونقل ابن منصور وغيره : أنه من ضمان المالك ، كالرهن ومايقبضه الأجير .

ونقل حنبل : إذا ضاع من المشترى ولم يقطع ثمنه ، أو قطع ثمنه : لزمه .

ونقل حرب وغيره ـ فيمن قال : بعنى هذا . فقال : خذه بما شئت ، فأخذه . فمات بيده ـ قال : هو من مال بائعه . لأنه مِلْـكه حتى يقطع ثمنه .

ونقل ابن مشيش ـ فيمن قال : بِعْنيهِ . فقال : خذه بما شئت . فأخذه فمات بيده ـ يضمنه ربه . هذا بَعْدُ لم يملكه .

قال المجد : هذا يدل على أنه أمانة ، وأنه يخرج مثله فى بيع خيار . على قولنا « لا يملكه » .

وقال : تضمينه منافعه . كزيادة ، وأولى . انتهى .

فهذه نصوصه فى هذه المسألة .

قال فى الفروع : ذكر الأصحاب فى ضمانه روايتين .

قال ابن رجب فى قواعده : فمن الأصحاب من حكى فى ضمانه روايتين . سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه . وهى طريقة القاضى ، وابن عقيل . وصحح الضمان . لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض . فهو كمقبوض بعقد فاسد . انتهى .

قلت : ذكر الأصحاب فى المقبوض على وجه السوم ثلاث صور .

الأولى : أن يساوم إنساناً فى ثوب أو نحوه ، ويقطع ثمنه ، ثم يقبضه ليريه أهله . فإن رضوه وإلا رده . فيتلف .

ففى هذه الصورة : يضمن إن صح بيع المعاطاة . والمذهب : صحة بيع المعاطاة . وجزم بذلك فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

قال ابن أبى موسى : يضمنه بغير خلاف .

قال ابن رجب فى قواعده : وهذا يدل على أنه يجرى فيه الخلاف إذا قلنا : إنه لم ينعقد البيع بذلك . وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله إيماء إلى ذلك . انتهى .

الثانية : لو ساومه ، وأخذه ليريه أهله ، إن رضوه . وإلا رده من غير قطع ثمنه ، فيتلف . ففى ضمانه روايتان . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والمستوعب .

إحداهما : يضمنه القابض . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وجزم به فى الوجيز فى هذا الباب .

قال ابن أبى موسى : فهو مضمون بغير خلاف . نقل عن الإمام أحمد : هو من ضمان قابضه ، كالعارية .

والرواية الثانية : لايضمنه . قال فى الحاويين : نقل ابن منصور وغيره : هو من ضمان المالك . كالرهن ، وما يقبضه الأجير .

الثالثة : لو أخذه بإذن ربه ليريه أهله . إن رضوه اشتراه وإلا رده ، فتلف بلا تفريط : لم يضمن .

قال ابن أبى موسى : هـذا أظهر عنه . وقدمه فى الرعايتين ، والمستوعب ، والحاويين .

قال فى الفائق : فلا ضمان فى أظهر الروايتين . وعنه يضمنه بقيمته .

فائدة : المقبوض فى الإجارة على وجه السوم : حكمه حكم المقبوض على وجه السوم فى البيع . ذكره فى الانتصار . واقتصر عليه فى الفروع . وقال : وولد المقبوض على وجه السوم : كهو ، لا ولد جانية . وضامنةٍ ، وشاهدةٍ ، وموصى بها ، وحق جايز ، وضمانه .

وفيه فى الانتصار : إن أذن لأمته فيه سرى .

وفى طريقة بعض الأصحاب : ولد موصى بعتقها ، لعدم تعلق الحكم بها . وإنما المخاطب الموصى إليه . انتهى .

وفى ذلك بعض مسائل ما أعلم صورتها .

منها : قوله « وحق جائز » .

قال فى القاعدة الثانية والثمانين : منها : الشاهدة ، والضامنة ، والكفيلة ، لايتعلق بأولادهن شىء . ذكره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . واختار القاضى فى خلافه : أن ولد الضامنة يتبعها ، ويباع معها ، كولد المرهونة . وضعفه ابن عقيل فى نظرياته .

وقال فى القاعدة[1] المذكورة : الأمة الجانية لايتعلق بأولادها وأكسابها شىء

(١) فى نسخة المصنف فوق « القاعدة » بين السطور بخطه : « الفصول »

وقال فى القاعدة المذكورة : إذا ولدت المقبوضة على وجه السوم فى يد القابض فقال القاضى ، وابن عقيل : حكمه حكم أصله .

قال ابن رجب : ويمكن أن يخرج فيه وجه آخر : أنه ليس بمضمون كولد العارية .

ويأتى فى آخر باب العارية : حكم ولد المعارة ، والمؤجرة ، وولد الوديعة .

ويأتى حكم ولد المدبرة والمكاتبة فى بابيهما .

فائدتان

إحداهما : إذا طولب الضامن بالدين ، فلا يخلو : إما أن يكون ضمن بإذن المضمون عنه أو لا . فإن كان ضمنه بإذنه : فله مطالبته بتخليصه . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : له ذلك فى الأصح . وجزم به فى المحرر ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين

وقيل: ليس للضامن مطالبته بتخليصه حتى يؤدى .

وإن لم يطالب الضامن : لم يكن له مطالبته بتخليصه . من المضمون له ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر .

وقيل : له ذلك . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والتلخيص .

وإن كان ضمنه بغير إذنه : لم يكن له مطالبته بتخليصه قبل الأداء . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين وغيرهم .

وقيل : له ذلك إذا طالبه .

الثانية : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو تغيب مضمون عنه ـ أطلقه فى موضع وقيده فى آخر : بقادر على الوفاء ـ فأمسك الضامن ، وغرم شيئاً بسبب ذلك وأنفقه فى حبس : رجع به على المضمون عنه . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : وهو الصواب الذى لايعدل عنه .

ويأتى التنبيه على ذلك فى أوائل باب الحجر أيضا .

قوله ﴿ وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبرِّعًا : لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ وَكَانَ الضَّمَانُ وَالقَضَاءُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَضْمُونِ عَنْهُ . فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ ؟ على روايتين . وَإِنْ أَذِنَ فِي أَحَدِهِما ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ : مِمَّا قَضَى ، أَوْ قَدْرِ الدَّيْنِ ﴾ .

إن قضى الضامن الدين ، فلا يخلو : إما أن يقضيه متبرعاً أو لا . فإن قضاه متبرعاً : لم يرجع بلا نزاع .

قال فى الرعاية : هذه هبة ، تحتاج قبولا وقبضاً ورضًى ، والحوالة بما وجب قضاء .

وإن قضاه غير متبرع ، فلا يخلو : إما أن ينْوِيَ الرجوع ، أو يذهل عن ذلك . فإن نوى الرجوع : ففيه أربع مسائل ، شملها كلام المصنف .

إحداها : أن يضمن بإذنه ، ويقضى بأذنه ، فيرجع بلا نزاع .

الثانية : أن يضمن بإذنه ، ويقضى بغير إذنه . فيرجع أيضاً بلا نزاع .

الثالثة : أن يضمن بغير إذنه ، ويقضى بإذنه . فيرجع ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار فى الرعاية الكبرى : أنه لايرجع .

الرابعة : أن يضمن بغير إذنه ، ويقضى بغير إذنه . فهذه فيها الروايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاويين .

إحداهما : يرجع . وهو المذهب ، بلا ريب . ونص عليه .

قال ابن رجب فى القاعدة الخامسة والتسعين : يرجع على أصح الروايتين . وهى المذهب عند الخرقى ، وأبى بكر ، والقاضى ، والأكثرين . انتهى .

قال الزركشى : وهى اختيار الخرقى ، والقاضى ، وأبى الخطاب ، والشريف ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، وغيرهم .

قال فى الفائق : اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وجزم به فى الوجيز وغيره . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع . وقال : نص عليه ، واختاره الأصحاب . انتهى .

قال فى القواعد : واشترط القاضى أن ينوى الرجوع . ويشهد على نيته عند الأداء . فلو نوى التبرع ، أو أطلق النيه ، فلا رجوع له .

واشترط أيضاً أن يكون المديون ممتنعاً من الأداء .

وهو يرجع إلى أن لا رجوع إلا عند تعذر إذنه .

وخالف فى ذلك صاحب المغنى ، والمحرر . وهو ظاهر إطلاق القاضى فى المجرد ، والأكثرين . انتهى .

والرواية الثانية : لا يرجع . اختاره أبو محمد الجوزى . وقدمه فى الفائق .

وقال ابن عقيل : يظهر فيها ـ كذبح أضحية غيره بلا إذنه ـ فى منع الضمان والرجوع . لأن القضاء هنا إبراء ، كتحصيل الأجر بالذبح . انتهى .

وإن قضاه ، ولم ينو الرجوع ولا التبرع ، بل ذهل عن قصد الرجوع وعدمه ، فالمذهب : أنه لا يرجع . اختاره القاضى كما تقدم . وقدمه فى الفروع . وهو ظاهر ما جزم به فى القواعد . فإنه جعل النية فى قضاء الدين أصلا لأحد الوجهين فيما إذا اشترى أسيراً حراً مسلماً .

وقيل : يرجع . وهو ظاهر نقل ابن منصور وهو ظاهر الخرقى . وجزم به فى الوجيز .

فائدة : وكذا الحكم فى كل من أدى عن غيره دينا واجبا بإذنه وبغير إذنه على ما تقدم من التفصيل فى ذلك والخلاف .

قوله ﴿وَإِنْ أَنْكَرَ المضْمُونُ لَهُ القَضَاءَ وَحَلَفَ : لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ عَلَى المضْمُونِ عَنْهُ ، سَوَاء صَدَّقَهُ ، أَوْ كَذَّبَهُ﴾ .

إذا ادعى الضامن القضاء ، وأنكر المضمون له ، فلا يخلو : إما أن يصدقه المضمون عنه ، أو يكذبه . فإن كذبه : لم يرجع عليه إلا ببينه تشهد له بالقضاء . فإن لم يكن له بينة . فللمضمون الرجوع على الأصيل والضامن .

فإن أخذ منه الضامن ثانيا ، فهل يرجع الضامن بالأول للبراءة به باطنا ، أو بالثانى ؟ فيه احتمالان مطلقان فى الفروع .

أحدهما : يرجع بما قضاه ثانيا . قدمه فى المغنى ، والشرح . وقالا : هو أرجح وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والثانى : يرجع بما قضاه أولا ، وهما طريقة موجزة فى الرعاية . والثانى — قدمه فيها — أنه يرجع عليه مرة واحدة بقدر الدين . ولا منافاة بين الطريقتين .

وإن صدقه ، فلا يخلو : إما أن يكون قضاه بإشهاد أو غيره . فإن قضاه بإشهاد صحيح ، رجع عليه . ولو كانت البينة غائبة أو ميتة .

وتقدم نظيره فى الرهن . ويأتى فى الوكالة .

لكن لو ردت الشهادة بأمر خفى — كالفسق باطناً — أو كانت الشهادة مختلفاً فيها — كشهادة العبيد ، أو شاهد واحد ، أو كان ميتاً أو غائباً — فهل يرجع ؟ فيه احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قطع فى الرعايتين ، والحاويين : أنه لا يكفى شاهد واحد .

وقال فى الكبرى ، قلت : بلى ، ويحلف معه .

فلو ادعى الإشهاد وأنكره المضمون عنه . فهل يقبل قوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وإن قضاه بغير إشهاد ، فلا يخلو : إما أن يكون القضاء بحضرة المضمون عنه ، أو فى غيبته . فإن كان بحضرته : رجع ، على الصحيح من المذهب . صححه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين . وجزم به فى التلخيص ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، وشرح ابن رزين ، وغيرهما .

وقيل : ليس له الرجوع . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والحاويين .

وإن كان القضاء فى غيبة المضمون عنه ، لم يرجع عليه ، قولاً واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ اعْتَرَفَ بِالقَضَاءِ ﴾ أى المضمون له ﴿ فأَنْكَرَ المَضْمُونُ عَنْه : لَمْ يُسْمَعْ إنْكارُه ويرجع عليه ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى التلخيص : رجع ، على الصحيح من المذهب .

قال الشارح : هذا الأصح .

قال فى الفروع : رجع فى الأصح .

وفيه وجه آخر : لا يرجع . وهو احتمال أبى الخطاب فى الهداية . وأطلقهما فى المحرر .

فائدتان

الأولى : لو قال المضمون له « برئتَ إلىَّ من الدين » فهو مقر بقبضه . ولو قال « برئت » ولم يقل « إلى » لم يكن مقرا بالقبض ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح . وصححه .

وقيل : يكون مقراً به . واختاره القاضى . قاله فى المستوعب .

قال فى المنور : وإن قال رب الحق للضامن « برئت إلى من الدين » فهو مقر بقبضه . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

ولو قال « أبرأتك » لم يكن مقراً بالقبض ، قولا واحداً .

الثانية : لو قال « وهبتك الحق » فهو تمليك . فيرجع على المضمون عنه ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : بل هو إبراء . فلا رجوع .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، أَوِ الضَّامِنُ ، فَهَلْ يَحِلَّ الدَّيْنُ ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : لا يحل . وهو المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، والحاويين . وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين .

والثانية : يحل . وقال ابن أبى موسى : إذا مات المضمون عنه قبل محل الدين مفلساً به : لم يكن للمضمون له مطالبة الضامن قبل محله .

وإن خلف وفاء بالحق فهل يحل ؟ على روايتين .

إحداهما : يحل ، والأخرى : لا يحل إذا وثق الورثة .

تنبيه : ذكر المصنف هنا الروايتين فيما إذا مات أحدهما . وهى طريقة المصنف والشارح ، وابن منجا .

وقيل : محل الروايتين فيما إذا ماتا معاً . وهى طريقة صاحب الهداية والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى . وقدمه فى المستوعب .

فجزموا بعدم الحلول إذا مات أحدهما . وأطلقوا الروايتين فيما إذا ماتا معاً .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن ماتا معاً ــ وقيل : أو المديون وحده : حل . فجزم بالحلول إذا ماتا معا .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلاً ﴾ .

بلا نزاع . نص عليه . فلصاحب الحق مطالبة المضمون عنه فى الحال ، دون الضامن .

قوله ﴿ وَإنْ ضَمِنَ المؤَجَّلُ حَالاًّ : لَمْ يَلْزَمْه قَبْلَ أَجَلِهِ ، فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الآخر : يلزمه قبل أجله .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ صحة ضمان المؤجل حالا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لا يصح . وأطلقهما فى التلخيص .

تنبيهات

أحدها : ظاهر قوله ﴿ فِي الكَفَالَةِ : وَهِيَ الْتِزَامُ إحْضَارِ المَكْفُولِ بِهِ ﴾

أنه سواء كان المكفول به حاضراً أو غائباً ، بإذنه . بلا نزاع ، و بغير إذنه . على خلاف يأتى فى كلام المصنف قريباً .

وقيل : لاتصح كفالة المديون إلا بإذنه .

الثانى : قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ﴾ .

يعنى : ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين لازم مطلقاً يصح ضمانه .

الثالث : قوله ﴿ وَبالأَعْيَانِ المضْمُونَةِ ﴾ .

يعنى يصح أن يكفلها ، بحيث إنه إذا تعذر إحضارها يضمنها ، إلا أن تتلف بفعل الله تعالى . على ما يأتى .

وقال الزركشى : فى صحة كفالة العين المضمونة وجهان . ولم أر الخلاف لغيره .

فائدة : تنعقد الكفالة بألفاظ الضمان المتقدمة كلها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لاتنعقد بلفظ « حميل . وقبيل » اختاره ابن عقيل .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تصح . واختاره فى الفائق .

تنبيه : قوله « ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص » شمل سواء كان حقاً لله[(1)] ، كحد الزنا والسرقة ، ونحوهما . أو لآدمى ، كحد القذف والقصاص .

وكون من عليه حد أو قصاص لاتصح كفالته : من مفردات المذهب .

فائدتان

إحداهما : تصح الكفالة لأخذ مال ، كالدية وغرم السرقة .

الثانية : لاتصح الكفالة بزوج وشاهد .

قوله ﴿ وَلاَ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقيل : تصح . لأنه تبرع . فهو كالإعارة والإباحة . ذكره فى القاعدة الخامسة بعد المائة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَفَلَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنَ إِنْسَانٍ ـ كَثُلُثِهِ أَوْ رُبْعِهِ ـ صَحَّ فِي أحد الوجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ،

---

(1) من هنا خرم من نسخة المصنف ، لعله ورقة .

والمنور ، و إدراك الغاية . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والـكافى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

قال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . وصححه فى التصحيح .

والوجه الثانى : لاتصح . قال القاضى فى المجرد : لاتصح الـكفالة ببعض البدن

قوله ﴿ أَوْ عُضْوٍ ﴾ صح فى أحد الوجهين .

إذا تـكفل بعضو من إنسان ، فلا يخلو : إما أن يكون بوجهه أو بغيره . فإن كان بوجهه : صح ، على الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى والشرح ، والكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، و إدراك الغاية ، والمنور ، وغيرهم .

قال ابن منجا فى شرحه : وهو الظاهر . و ينبغى حمل كلام المصنف عليه .

وقيل : لا يصح . قال القاضى : لايصح ببعض البدن . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

قلت : لم أر من صرح بهذا القول . وظاهر كلام المصنف : استصحبوا الخلاف فيه .

و إن كانت الـكفالة بعضو — غير وجهه — فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما فى المحرر ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : تصح . وهو المذهب . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . واختاره أبو الخطاب .

قال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم . وصححه فى التصحيح .

والوجه الثانى : لاتصح . اختاره القاضى ، كما تقدم عنه .

وقيل : إن كانت الحياة تبقى معه — كاليد والرجل ونحوهما — لم تصح . و إن

كانت لاتبقى معه ـ كرأسه وكبده ونحوهما ـ صح . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وهو الصواب .

قال فى الكافى : قال غير القاضى : إن كفل بعضو لاتبقى الحياة بدونه ـ كالرأس والقلب والظهر ـ صح . و إن كان بغيرها ـ كاليد والرجل ـ فوجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ كَفَلَ بإنْسَانٍ ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلاَّ فَهُوَ كَفِيلٌ بِآخَرَ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ : صَحَّ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والفروع ، والفائق .

وظاهر المغنى ، والشرح : الإطلاق .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين . ونقل مهنا الصحة فى كفيل به .

والوجه الثانى : لاتصح . اختاره القاضى فى الجامع .

فوائد

منها : لو قال : كفلت ببدن فلان على أن تبرىء فلانا الكفيل : فسد الشرط ، على الصحيح من المذهب . وقيل : لايفسد .

فعلى المذهب : يفسد العقد أيضاً . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويتوجه وجه لايفسد .

وكذا الحكم لو قال : ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من الدين الآخر . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

ومنها : لو قال : إن جئت به فى وقت كذا ، و إلا فأنا كفيل ببدن فلان ، أو و إلا فأنا ضامن مالك على فلان ، أو قال : إن جاء زيد فأنا ضامن لك ماعليه .

أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً . فقال القاضى : لاتصح الكفالة .

قاله المصنف ، والشارح . وهو أقيس .

وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى الانتصار : تصح .

واعلم أن أكثر هذه المسائل وما ذكره المصنف ينزع إلى تعليق الضمان والكفالة بشرط وتوقيتها ، بل هى من جملتها .

قال فى الفروع : وفى صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق ، وتوقيتها : وجهان . فلو تكفل به على أنه إن لم يأت به فهو ضامن لغيره ، أو كفيل به ، أو كفله شهراً فوجهان . انتهى .

وقدم فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير : صحة تعليق الضمان والكفالة بالشرط المستقبل . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وغيرهما . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر وغيرهم .

وتقدم ذلك فى مسألة المصنف .

قال فى الرعاية الكبرى : و إن علق الضمان على شرط مستقبل صح .

وقيل : لايصح إلا بسبب الحق ، كالعهدة ، والدرك ، ومالم يجب ولم يوجد بسببه ، و يصح توقيته بمدة معلومة .

قال : و يحتمل عدمه . وهو أقيس . لأنه وعد . انتهى .

فائدة : قال المصنف ، والشارح : إن كفل إلى أجل مجهول : لم تصح الكفالة لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه . وهكذا الضمان . و إن جعله إلى الحصاد والجداد والعطاء .

وخرج على الوجهين فى الأجل فى البيع . والأولى صحته هنا . انتهيا .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ إلاَّ بِرِضَى الكَفِيلِ ﴾ .

بلا نزاع . وفى رضى المكفول به — وهو المكفول عنه — وجهان . وأطلقهما

فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والتلخيص ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : يعتبر رضاه . جزم به فى الوجيز .

قال فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين : يعتبر رضاه فى أصح الوجهين . وصححه فى التصحيح . قال ابن منجا : هذا أولى .

والوجه الثانى : لايعتبر رضاه . قدمه فى الفروع . وهوالمذهب على مااصطلحناه

قوله ﴿ وَمَتَى أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ وَسَلَّمَهُ : بَرِئَ ، إِلاَّ أَنْ يُحْضِرَهُ قَبْلَ الأَجَلِ ، وَفِى قَبْضِهِ ضَرَرٌ ﴾ .

إذا أحضر المكفول به وسلمه بعد حلول الأجل : برىء ، على الصحيح من المذهب مطلقا . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى المستوعب : وجزم به فى المغنى ، والشرح ، بشرط أن يكون هنـاك يد حائلة ظالمة .

قلت : الظاهر أنه مراد غيرهم . وعنه لايبرأ منه .

قال ابن أبى موسى : لايبرأ حتى يقول : قد برئت إليك منه ، أو قد سلمته إليك ، أو قد أخرجت نفسى من كفالته . انتهى .

وقال بعض الأصحاب ـ منهم المصنف والشارح ـ إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين و برىء .

وقال القاضى : يرفعه إلى الحاكم ، فيسلمه إليه . فإن لم يجد حاكما أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله .

تنبيه : حكم ما إذا أحضره قبل حلول الأجل ، ولا ضرر فى قبضه : حكم ما إذا أحضره بعد حلول الأجل ، خلافا ومذهبا ، على ماتقدم .

فائدة : يتعين إحضاره فى مكان العقد . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : يتعين فيه إن حصل ضرر فى غيره ، وإلا فلا .

وقيل : يبرأ ببقية البلد . اختاره القاضى . قاله فى المغنى ، والشرح .

وعند غيره إذا كان فيه سلطان . اختاره القاضى ، وأصحابه . وقدمه فى التلخيص .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إن كان المكفول فى حبس الشرع ، فسلمه إليه فيه برىء . ولا يلزمه إحضاره منه إليه عند أحد من الأئمة . ويمكنه الحاكم من الإخراج ليحاكم غريمه ، ثم يرده . هذا مذهب الأئمة ، كمالك وأحمد وغيرهما رحمهم الله تعالى .

وفى طريقة بعض الأصحاب : وإن قيل دلالته عليه ، وإعلامه بمكانه لا يعد تسليما .

قلنا : بل يعد . ولهذا إذا دل على الصيد محرماً كفَّر .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ المَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ تَلِفَتِ العَيْنُ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى ، أَوْ سَلَّمَ نَفْسَهُ : بَرِىءَ الكَفِيلُ ﴾ .

إذا مات المكفول به برىء الكفيل ، على الصحيح من المذهب ، سواء توانى الكفيل فى تسليمه ، حتى مات أولا . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايبرأ مطلقاً . فيلزمه الدين . وهو احتمال فى الهداية ، والمغنى ، والشرح . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ذكره عنه فى الفائق .

وقيل : إن توانى فى تسليمه حتى مات : لم يبرأ ، وإلا برىء .

تنبيه : محل الخلاف : إذا لم يشترط . فإن اشترط الكفيل : أنه لاشىء عليه

إن مات برىء بموته ، قولا واحدا . قاله فى التلخيص ، والمحرر ، وغيرهما .

وأما إذا تلفت العين بفعل الله تعالى : فالصحيح من المذهب : أن الكفيل يبرأ . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لايبرأ . وأطلقهما فى الفروع .

تنبيهاته

أحدهما : محل الخلاف : إذا لم يشترط أن لامال عليه بتلف العين المكفول بها . فإن اشترط برىء ، قولا واحدا ، كما تقدم فى الموت .

الثاني : مراده بقوله « أَوْ تَلِفَتْ الْعَيْن بِفِعْلِ اللهِ تعَالى » قبل المطالبة . صرح به فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وأما إذا سلّم المكفول به نفسه فى محله : فإن الكفيل يبرأ قولا واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ تعَذَّرَ إِحْضَارُهُ ، مَعَ بَقَائِهِ : لَزِمَ الكَفِيلَ الدَّيْنُ ، أَوْ عِوَضُ العَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وفى المبهج وجه : أنه يشترط البراءة منه .

وقال ابن عقيل : قياس المذهب لايلزمه ، إن امتنع بسلطان . وألحق به معسراً أو محبوساً ونحوهما ، لاستواء المعنى .

وكون الكفيل يضمن ما على المكفول به إذا لم يسلمه : من المفردات .

فائدة : قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : السجان كالكفيل . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ غَابَ أُمْهِلَ الكَفِيلُ بِقَدْرِ مَا يَمْضِي فَيُحْضِرُهُ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ : ضَمِنَ ﴾ .

إذا مضى الكفيل ليحضر المكفول به ، وتعذر إحضاره : فحكمه حكم ما إذا تعذر إحضاره مع بقائه. على ما تقدم خلافاً ومذهباً .

قوله ﴿ وَإِذَا طَالَبَ الكَفِيلُ المكْفُولَ بِهِ بِالْحُضُورِ مُدَّةً : لَزِمَهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَتْ الكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ ، أَوْ طَالَبَهُ صَاحِبُ الحَقِّ بِإِحْضَارِهِ ، وَإِلاَّ فَلا ﴾ .

وهذا المذهب فيهما . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يلزمه الحضور إلا إذا كانت الكفالة بإذنه ، وطالبه المكفول له بحضوره .

فائدة : حيث أدى الكفيل ما لزمه ، ثم قدر على المكفول به ، فقال فى الفروع : ظاهر كلامهم : أنه فى رجوعه عليه كالضامن ، وأنه لا يسلمه إلى المكفول له ، ثم يسترد ما أداه . بخلاف مغصوب تعذر إحضاره مع بقائه ، لامتناع بيعه .

قوله ﴿وَإِذَا كَفَلَ اثْنَانِ بِرَجُلٍ ، فَسَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا : لَمْ يَبْرَأْ الآخَرُ[1]﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى وأصحابه . ونص عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى القواعد : أشهر الوجهين : لا يبرأ .

وقيل : يبرأ الآخر . وهو احتمال فى الكافى . ونصره الأزجى فى نهايته . وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه . قاله ابن رجب فى قواعده ، وقال : والأظهر أنهما إن كفلا كفالة اشتراك ـ مثل أن يقولا « كفلنا لك زيداً نسلمه إليك » ـ فإذا سلمه أحدهما برىء الآخر . لأن التسليم الملتزم واحد . فهو كأداء أحد الضامنين للمال .

---

(١) انتهى الخرم فى نسخة المصنف .

وإن كفلا كفالة انفراد واشتراك ، بأن قالا « كل واحد منا كفيل لك بزيد » فكل واحد منهما ملتزم له إحضاره ، فلايبرأ بدونه ، مادام الحق باقياً على المكفول به . فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين . وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجلين الدين . انتهى .

فائدة : لو سلم المكفول به نفسه : برىء الاثنان . وفرق بينه وبين ما إذا سلمه أحدهما .

قوله ﴿ وَإِنْ كَفَلَ وَاحِدٌ لِاثْنَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا : لَمْ يَبْرَأْ الآخَرَ ﴾ .

بلا نزاع .

فوائد

إحداها : يصح أن يكفل الكفيل كفيلا آخر . فإن برىء الأول برىء الثانى ، ولا عكس . وإن كفل الثانى ثالث : برىء ببراءة الثانى والأول ، ولا عكس . فلو كفل اثنان واحداً ، وكفل كل واحد منهما كفيل آخر ، فأحضره أحدهما برىء هو ومن تكفل به ، وبقى الآخر ومن كفل به .

الثانية : لو ضمن اثنان دين رجل لغريمه ، فلا يخلو : إما أن يقول كل واحد منهما « أنا ضامن لك الألف » أو يطلق . فإن قالا « كل واحد منا ضامن لك الألف » فهو ضمان اشتراك فى انفراد . فله مطالبة كل واحد منهما بالألف إن شاء . وله مطالبتهما . وإن قضاه أحدهما لم يرجع إلا على المضمون عنه .

وإن أطلقا الضمان ، بأن قالا « ضمنا لك الألف » فهو بينهما بالحصص . فكل واحد منهما ضامن لحصته . وهذا الصحيح من المذهب . وهو قول القاضى فى المجرد ، والخلاف ، والمصنف ، وقطع به الشارح .

وقيل : كل واحد ضامن للجميع ، كالأول . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية مهنا . وكذا قال أبو بكر فى التنبيه .

وذكر ابن عقيل فيها احتمالين . وأطلق الوجهين فى القواعد .

و بناه القاضى على أن الصفقة تتعدد بتعدد الضامنين ، فيصير الضمان موزعاً عليهما .

وعلى هذا : لو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين . فهل يقال : كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين ، أو كل واحد منهما ضامن لأحدهما بانفراده ؟ إذا قلنا : يصح ضمان المبهم يحتمل وجهين . قاله ابن رجب فى قواعده .

الثالثة : لو كان على اثنين مائة لآخر ، فضمن كل واحد منهما الآخر . فقضاه أحدهما نصف المائة ــ أو أبرأه منه ــ ولا نية . فقيل : إن شاء صرفه إلى الذي عليه بالأصالة ، و إن شاء صرفه إلى الذى عليه بطريق الضمان .

قلت : وهو أولى .

وقد تقدم مايشبه ذلك فى الرهن بعد قوله « و إن رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما » .

وقيل : يكون بينهما نصفان . وأطلقهما فى الفروع .

الرابعة : لو أحال عليهما ليقبض من أيهما شاء : صح ، على الصحيح من المذهب .

وذكر ابن الجوزى وجهاً لايصح ، كحوالته على اثنين له على كل واحد منهما مائة .

الخامسة : لو أبرأ أحدهما من المائة ، بقى على الآخر خمسون أصالة .

السادسة : لو ضمن ثالث عن أحدهما المائة بأمره ، وقضاها : رجع على المضمون عنه بها .

وهل له أن يرجع بها على الآخر ؟ فيه روايتان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الذى يظهر : أن له الرجوع عليه . لأنه كضامن الضامن .

السابعة : لو ضمن معرفته : أخذ به . نقله أبو طالب .

الثامنة : لو أحال رب الحق ، أو أحيل ، أو زال العقد : برىء الكفيل . و بطل الرهن . و يثبت لوارثه . ذكره فى الانتصار .

وذكر فى الرعاية الكبرى — فى الصورة الأولى — احتمال وجهين فى بقاء الضمان .

ونقل مهنا فيها : يبرأ ، وأنه إن عجز مكاتب رَقَّ . وسقط الضمان .

وذكر القاضى : أنه لو أقاله فى سلم به رهن حبسه برأس ماله . جَعَلَهُ أصلا ، كحبس رهن بمهر المثل بالمتعة .

التاسعة : لو خيف من غرق السفينة ، فألقى بعض من فيها متاعه فى البحر لتخف : لم يرجع به على أحد ، سواء نوى الرجوع أو لا ؟ وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى — من عنده — و يحتمل أن يرجع إذا نوى الرجوع . وما هو ببعيد . انتهى .

و يجب الإلقاء إن خيف تلف الركاب بالغرق .

ولو قال بعض أهل السفينة : ألق متاعك . فألقاه . فلا ضمان على الآمر .

و إن قال : ألقه وأنا ضامنه ، ضمن الجميع . قاله أبو بكر ، والقاضى ، ومن بعدهما

و إن قال : وأنا وركبان السفينة ضامنون ، وأطلق . ضمن وحده بالحصة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . ولم يذكره المصنف ، ولا الشارح ، ولا الحارثى .

وقال أبو بكر : يضمنه القائل وحده . إلا أن يتطوع بقيتهم . واختاره ابن عقيل . وقدمه فى الرعاية .

وقال القاضى : إن كان ضمان اشتراك ، فليس عليه إلا ضمان حصته . وإن كان ضمان اشتراك وانفراد — بأن يقول « كل واحد منا ضامن لك متاعك ،

أو قيمته » ضمن القائل ضمان الجميع . سواء كانوا يسمعون قوله فسكتوا أو لم يسمعوا . انتهى .

قال الحارثى ، فى آخر الغصب : وهو الحق . و إن رضوا بما قال : لزمهم .

قال فى الفروع : و يتوجه الوجهان .

و إن قالوا « ضمناه لك » ضمنوا بالحصة .

و إن قالوا « كل واحد منا ضامنه » ضمن الجميع . ذكره أبو بكر ، والقاضى ، ومن بعدهما .

وكذا الحكم فى ضمانهم ماعليه من الدين .

و يأتى فى آخر الغصب بعض هذا ، ومسائل تتعلق بهذا . فليراجع .

العاشرة : لو قال لزيد « طلق زوجتك . وعلىَّ ألف ، أو مهرها » لزمه ذلك بالطلاق . قاله فى الرعاية .

وقال أيضاً : لو قال « بع عبدك من زيد بمائة وعلىَّ مائة أخرى » لم يلزمه شىء . وفيه احتمال . والله أعلم .

باب الحــوالة

فوائد

إحداها : قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هى مشتقة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة .

وقال فى المستوعب : هى مشتقة من التحول . لأنها تحول الحق وتنقله من ذمة إلى ذمة .

والظاهر : أن المعنى واحد . فإن « التحول » مطاوع « للتحويل » يقال : حولته فتحول .

الثانية : « الحوالة » عقد إرفاق . تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . وليست بيعاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . لجوازها بين الدينين المتساويين جنساً وصفة . والتفرق قبل القبض . واختصاصها بجنس واحد ، واسم خاص ، ولزومها .

ولا هى فى معنى المبيع . لعدم العين فيها . وهذا الصواب .

قال المصنف : وهو أشبه بكلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى القاعدة الثالثة والعشرين : « الحوالة » هل هى نقل للحق ، أو تقبيض ؟ فيه خلاف .

وقد قيل : إنها بيع . فإن المحيل يشترى مافى ذمته بمـا فى ذمة المحال عليه . وجاز تأخير القبض رخصة . لأنه موضوع على الرفق . فيدخلها خيار المجلس .

واعلم أن الحوالة تشبه « المعاوضة » من حيث إنهـا دين بدين . وتشبه «الاستيفاء» من حيث إنه يبرىء المحيل ، ويستحق تسليم المبيع إذا أحال بالثمن .

ولترددها بين ذلك : ألحقها بعض الأصحاب بالمعاوضة ، كما تقدم . وألحقها بعضهم بالاستيفاء .

الثالثة : نقل مهنا ـ فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال . فقال له : خذ منه ديناراً . فأخذ منه أكثر ـ قال : الضمان على المرسل ،لتغريره . ويرجع هو على الرسول . ذكره ابن رجب فى قواعده .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ إلاَّ بِثَلاَثَةِ شُرُوطٍ . أَحَدُهَا : أَنْ يُحِيلَ عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ . فَإِنْ أَحَالَ عَلَى مَالِ الـكِتَابَةِ ، أَوِ السَّلَمِ ، أَوِ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ﴾ .

وكذا لو أحال على الأجرة عند العقد ﴿ لَمْ تَصِحَّ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَه ، أو الزَّوْجُ امْرَأَتَه : صَحَّ ﴾ وكذا لو أحال بالأجرة .

اعلم أن الحوالة تارة تـكون على مال . وتارة تـكون بمال .

فإن كانت الحوالة على مال : فيشترط أن يكون المال المحال عليه مستقراً . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : تصح الحوالة على مال الـكتابة بعد حلوله .

وفى طريقة بعضَ الأصحاب : أن المسلَم فيه منزل منزلة الموجود ، لصحة الإبراء منه ، والحوالة عليه وبه .

وقال الزركشى : لا يظهر لى منع الحوالة بالمسلم فيه .

وظاهر ماقدمه فى المحرر : صحة الحوالة على المهر قبل الدخول . وعلى الأجرة بالعقد .

وإن كانت الحوالة بمال : لم يشترط استقراره . وتصح الحوالة به . على الصحيح من المذهب . وعليه جماعة من الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والـكافى ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقدمه فى الزركشى . وجزم به فى المحرر فى مال الـكتابة . وقدمه فى غيره . واختاره القاضى ، وابن عقيل فى مال الـكتابة . ذكره فى التلخيص على مايأتى .

وقيل : يشترط كون المحال به مستقراً ، كالمحال عليه . اختاره القاضى فى المجرد . وجزم به الحلوانى .

قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة : يشترط لصحتها أن تكون بدين مستقر ، وعلى دين مستقر .

قال فى الحاويين : ولا تصح إلا بدين معلوم ، يصح السلم فيه ، مستقراً على مستقر .

قال فى الرعايتين : إنما تصح بدين معلوم يصح السلم فيه ، مستقراً فى الأشهر ، على دين مستقر .

قال فى الفائق : وتختص صحتها بدين يصح فيه السلم . ويشترط استقراره ، فى أصح الوجهين ، على مستقر .

قال فى التلخيص : فلا تصح الحوالة بغير مستقر ، ولا على غير مستقر . فلا تصح فى مدة الخيار ، ولا فى الأجرة قبل استيفاء المنفعة ، ولا فى الصداق قبل الدخول . وكذلك دين الكتابة . على ظاهر كلام أبى الخطاب .

وقال القاضى ، وابن عقيل : تصح حوالة المكاتب لسيده بدين الكتابة على من له عليه دين ، ويبرأ العبد ويعتق ، ويبقى الدين فى ذمة المحال عليه للسيد . انتهى

وأطلق فى الرعايتين ، والفروع : الوجهين فى الحوالة بمال الكتابة ، والمهر ، والأجرة . وأطلقهما فى الحاويين ، والفائق ، فى الحوالة بدين الكتابة ، والمهر .

وقال الزركشى ـ تبعاً لصاحب المحرر ـ : الديون أربعة أقسام : دين سلم ، ودين كتابة ، وما عداهما . وهو قسمان : مستقر ، وغير مستقر . كثمن المبيع فى مدة الخيار ونحوه .

فلا تصح الحوالة بدين السلم ، ولا عليه . وتصح بدين الكتابة ، على الصحيح ، دون الحوالة عليه . ويصحان فى سائر الديون مستقرها وغير مستقرها .

وقيل : لا تصح على غير مستقر بحال . وإليه ذهب أبو محمد ، وجماعة من الأصحاب .

وقيل : ولا بما ليس بمستقر . وهذا اختيار القاضى فى المجرد . وتبعه أبو الخطاب والسامرى . انتهى .

تنبيه : يستثنى من محل الخلاف من المال المحال عليه ، والمحال به : دين السلم . فإنه لاتصح الحوالة عليه ولا به ، عند الإمام أحمد وأصحابه ، إلا ماتقدم عن بعض الأصحاب فى طريقته ، وكلام الزركشى .

فائدة : فى صحة الحوالة برأس مال السلم وعليه وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، وشرحه ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : لاتصح . قدمه فى الرعاية الكبرى فى باب القبض والضمان من البيوع . فقال : لايصح التصرف فى رأس مال السلم بعد فسخه واستقراره بحوالة ولا بغيرها . وقيل : يصح . انتهى .

وتقدم ذلك فى باب السلم فى كلام المصنف .

تنبيه : خرج من كلام المصنف : لو أحال من لا دين عليه على من عليه دين فإنه لايسمى حوالة ، بل هو وكالة فى القبض . ولو أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه : فهو وكالة فى اقتراض ، لا حوالة .

ولو أحال من عليه دين على من لا دين عليه : فهو وكالة فى اقتراض أيضاً . فلا يصارفه . نص عليه .

قال فى الموجز ، والتبصرة : إن رضى المحال عليه بالحوالة : صار ضامناً ، يلزمه الأداء .

فائدة : قوله ﴿ الثَّانِى : اتِّفَاقُ الدَّيْنَيْنِ فِى الْجِنْسِ وَالصِّفَةِ وَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

ويشترط أيضاً : علم المال ، وأن يكون فيما يصح فيه السلم من المثليات . وفى

غير المثلى ـ كمعدود ومذروع ـ وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وقال فى الرعايتين ، والحاويين : وإنما تصح بدين معلوم ، يصح السلم فيه . وأطلقا فى إبل الدية الوجهين .

أحدهما : تصح فى المعدود ، والمذروع .

قال القاضى فى المجرد : تجوز الحوالة بكل ماصح السلم فيه ، وهو مايضبط بالصفات ، سواء كان له مثل ـ كالأدهان ، والحبوب ، والثمار ـ أو لا مثل له ، كالحيوان ، والثياب .

وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية الأثرم . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال الناظم : تصح فيما يصح السلم فيه .

والوجه الثانى : لاتصح . قال الشارح : ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضى به قرض هذه الأموال . انتهى .

وأما الإبل : فقال الشارح : لو كان عليه إبل من الدية ، وله على آخر مثلها فى السن ، فقال القاضى : تصح . لأنها تختص بأقل مايقع عليه الاسم فى السن والقيمة ، وسائر الصفات .

وقال أبو الخطاب : لاتصح فى أحد الوجهين . لأنها مجهولة .

وإن كان عليه إبل من دية ، وله على آخر مثلها قرضاً ، فأحاله . فإن قلنا يرد فى القرض قيمتها : لم تصح الحوالة . لاختلاف الجنس . وإن قلنا يرد مثلها : اقتضى قول القاضى : صحة الحوالة .

وإن كانت بالعكس ، فأحال المقرض بإبل : لم يصح . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ اتِّفَاقُ الدَّيْنَيْنِ فى الجِنْسِ ﴾ كالذهب بالذهب والفضة بالفضة ونحوها . والصفة ، كالصحاح بالصحاح وعكسه .

فلو أحال من عليه دراهم دمشقية بدراهم عثمانية : لم تصح . قطع به المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم .

قال الزركشي : وكذلك لاتصح عند من ألحقها بالمعاوضة . إذ اشتراط التفاوت فيهما ممتنع ، كالقرض .

وأما من ألحقها بالاستيفاء ، فقال : إن كان تفاوتاً يجبر على أخذه عند بذله ، كالجيد عن الردىء : صحت . وإلا فلا . انتهى .

قوله ﴿ وَالثَّالِثُ : أَنْ يُحِيلَ بِرِضَاهُ . وَلاَ يُعْتَبَرُ رِضَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلاَ رِضَى الْمُحْتَالِ ، إِذَا كَانَ الْمحَالُ عَلَيْهِ مَلِيئًا ﴾ .

لايعتبر رضى المحتال إذا كان المحال عليه مليئاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . فيجبر على قبولها . وهو من مفردات المذهب .

وعنه يعتبر رضاه . ذكرها ابن هبيرة ومن بعده .

فائدتان

إحداهما : فسر الإمام أحمد رضى الله عنه الملىء ، فقال : هو أن يكون مليئاً بماله وقوله و بدنه . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

زاد فى الرعاية الصغرى ، والحاويين : أو فعله .

وزاد فى الكبرى عليهما : وتمكنه من الأداء .

وقيل : هو الملىء بالقول والأمانة ، و إمكان الأداء .

قال الزركشى عن تفسير الإمام أحمد : الذى يظهر أن الملىء بالمال : أن يقدر على الوفاء ، والقول : أن لا يكون مماطلا . والبدن : أن يمكن حضوره إلى مجلس الحكم .

الثانية : يبرأ المحيل بمجرد الحوالة . ولو أفلس المحال عليه ، أو جحد ، أو مات . على الصحيح من المذهب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وصححه القاضى يعقوب .

قال الناظم ، وصاحب الفائق : هذا المشهور عن الإمام أحمد . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والحاويين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه لايبرأ إلا برضى المحتال . فإن أبى : أجبره الحاكم . لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة .

وقال فى الفائق : وعنه لايبرأ مطلقا . وهو ظاهر كلام الخرقى . وتفيد الإلزام فقط . ذكرها فى النكت . وهو المختار . انتهى .

فهذه رواية ثالثة ، قل من ذكرها .

وأطلق الروايتين الأولتين فى المحرر ، والزركشى .

قال فى القاعدة الثالثة والعشرين : ومبنى الروايتين : أن الحوالة هل هى نقل للحق أو تقبيض ؟ فإن قلنا : هى نقل للحق ، لم يعتبر لها قبول . وإن قلنا : هى تقبيض ، فلا بد من القبض بالقول ، وهو قبولها . فيجبر المحتال عليه . انتهى .

فعلى الرواية الثانية ، قال فى الفروع : ويتوجه أن للمحتال مطالبة المحيل قبل إجبار الحاكم .

وذكر أبو حازم ، وابنه أبو يعلى : ليس له المطالبة ، كتعيينه كيساً فيريد غيره

قوله ﴿ وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيئًا . فَبَانَ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَكُنْ رَضِيَ بِالحوَالَةِ : رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِلاَّ فَلاَ ﴾ .

هنا مسائل .

الأولى : لو رضى المحتال بالحوالة مطلقاً برىء المحيل .

الثانية : لو ظهر أنه مفلس ، من غير شرط ولا رضى من المحتال ـ وهى إحدى مسألتى المصنف ـ رجع بلا نزاع .

الثالثة : لو رضى بالحوالة . ولم يشترط اليسار وجهله ، أو ظنه مليئاً ، فبان مفلساً ، وهى مسألة المصنف الثانية : برىء المحيل ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ويحتمل أن يرجع . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . ذكرها المصنف في المغني ، وقال : وبه قال بعض أصحابنا . وذكره بعضهم وجها . وهو ظاهر ماجزم به ابن رزين في نهايته ، ونظمها . وأطلقهما في النظم ، والرعايتين ، والحاويين وقيل : الخلاف وجهان . وقدمه في الرعاية الكبرى . وهي طريقة ابن البنا .

الرابعة : لو شرط المحيل : أن المحال عليه ملىء . ثم تبين عسرته : رجع المحتال على المحيل . بلا نزاع . وتقدم إذا أحاله على ملىء .

قوله ﴿ وَإِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِى الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ ، أَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَيْهِ بِهِ . فَبَانَ الْبَيْعُ بَاطِلاً ، فَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ فُسِخَ الْبَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ : لَمْ تَبْطُلِ الْحَوَالَةُ ﴾ .

إذا فسخ البيع بعيب ، أو إقالة ، أو خيار ، أو انفسخ النكاح بعد الحوالة بين الزوجين ونحوها ، فلا يخلو : إما أن يكون بعد قبض المحتال مال الحوالة أو قبله . فإن كان بعد القبض ، لم تبطل الحوالة . قولا واحدا . قاله ابن منجا في شرحه . وجزم به في المغني ، والشرح ، والمصنف هنا ، وغيرهم .

فعلى هذا : للمشترى الرجوع على البائع ، في مسألتي حوالته والحوالة عليه ، لا على من كان عليه الدين في المسألة الأولى ، ولا على من أحيل عليه في الثانية .

وإن كان قبل القبض : لم تبطل الحوالة أيضاً ، على الصحيح من المذهب : سواء أحيل على المشترى بثمن المبيع ، أو أحال به ، كما لو أعطى البائع بالثمن عرضا . جزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه المصنف ، وصاحب المحرر ، والفروع ، وغيرهم .

والحكم على هذا كالحكم فيما إذا كان بعد القبض ، على ماتقدم .

وللبائع أن يحيل المشترى على من أحاله المشترى عليه في الصورة الأولى . وللمشترى أن يحيل المحتال عليه على البائع في الصورة الثانية .

ويحتمل أن يبطل. وهو وجه ، كما لو بان البيع باطلا ببينة ، أو اتفاقهما . ولا تفريع عليه . وجزم به ابن رزين فى نهايته ونظمها . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم .

وقال القاضى : تبطل الحوالة به لا عليه ، لتعلق الحق بثالث .

وجزم فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة وغيرهم : بصحة الحوالة على المشترى . وهى الصورة الثانية فى كلام المصنف .

وأطلقوا الوجهين فى بطلان الحوالة به . وهى الصورة الأولى فى كلام المصنف . إلا فى الكافى . فإنه قدم بطلان الحوالة . وأطلقهن فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

فعلى الوجه الثانى : هل يبطل إذن المشترى للبائع أم لا ؟ فيه وجهان ، وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يبطل . قدمه فى الرعاية الكبرى .

والثانى : لا يبطل . قال فى التلخيص : فعلى وجه بطلان الحوالة : لا يجوز له القبض . فإن فعل احتمل أن لا يقع عن المشترى . لأن الحوالة انفسخت . فبطل الإذن الذى كان ضمنها .

واحتمل أن يقع عنه . لأن الفسخ ورد على خصوص جهة الحوالة ، دون ما تضمنه الإذن . فيضاهى تردد الفقهاء فى الأمر إذا نسخ الوجوب : هل يبقى الجواز ؟ والأصح عند أصحابنا بقاؤه . وإذا صلى الفرض قبل وقته انعقد نفلا . انتهى .

قال شيخنا فى حواشى الفروع : وهذا يرجع إلى قاعدة ، وهى ما إذا بطل الوصف : هل يبطل الأصل ، أو يبطل الوصف فقط ؟ .

ويرجع إلى قاعدة . وهى إذا بطل الخصوص : هل يبطل العموم ؟ وهى مسألة خلاف بين العلماء . ذكرها فى القواعد الأصولية .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَحَلْتُكَ . قَالَ : بَلْ وَكَّلْتَنِي . أَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَحَلْتَنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الوَكَالَةِ ﴾ .

هذا المذهب فيهما وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاويين .

وقيل : القول قول مدعى الحوالة . اختاره القاضى . وقدمه فى الخلاصة .

وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحَلْتُكَ ، وَادَّعَى أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ أَرِيدَ بِهَا الوَكَالَة ، وَأَنْكَرَ الآخَرُ : فَفِي أَيِّهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؟ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والحاويين ، والفروع .

أحدهما : القول قول مدعى الوكالة . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين . وصححه فى التصحيح ، والوجيز .

والوجه الثانى : القول قول مدعى الحوالة . وصححه فى التلخيص ، والفائق وتجريد العناية .

قلت : وهو الصواب .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك فى الحكم : لو قال « أحلتك بدينى » وادعى أحدهما : أنه أريد بها الوكالة . قاله فى الفروع .

وقدم فى الرعاية الكبرى فى هذه : أن القول قول مدعى الحوالة .

الثانية : لو اتفقا على أنه قال « أحلتك بالمال الذى قبل فلان » ثم اختلفا .

فقال المحيل : إنما وكلتك فى القبض لى . وقال الآخر : بل أحلتنى بدينى .

فقيل : القول قول المحيل . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قال فى الفروع : جزم به جماعة .

وقيل : القول قول مدعى الحوالة . لأن الظاهر معه . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع . و يأتى عكسها .

فعلى الأول : يحلف المحيل . و يبقى حقه فى ذمة المحال عليه . قاله المصنف والشارح .

قال فى الرعاية الكبرى ، والفروع : لايقبض المحتال من المحال عليه ، لعزله بالإنكار . وفى طلب دينه من المحيل وجهان . وأطلقهما فى الرعاية ، والحاويين ، والفائق . والفروع .

وقال : لأن دعواه الحوالة براءة .

أحدهما : له طلبه . وهو الصحيح من المذهب . صححه المصنف والشارح .

وعلى الثانى : يحلف المحتال . و يثبت حقه فى ذمة المحال عليه . و يستحق مطالبته . و يسقط عن المحيل .

قال المصنف ، والشارح ، وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه ، وتلف فى يده ، فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه . ولا ضمان عليه . سواء تلف بتفريط أو غيره .

و إن لم يتلف احتمل أن لايملك المحيل طلبه ، و يحتمل أن يملك أخذه منه ، و يملك مطالبته بدينه . وهو الصحيح .

قال فى الفروع ــ تفريعاً على القول الأول ــ وما قبضه المحتال ، ولم يتلف : فللمحيل أخذه فى الأصح . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يملك المحيل أخذه منه . ولا يملك المحتـال المطالبة بدينه ، لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة . وقد تقدم .

قال المصنف ، والشارح : وليس بصحيح . انتهيا .

وإن كانت المسألة بالعكس ، بأن قال المحيل « أحلتك بدينك . فقال : بل وكلتنى » ففيها الوجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : يقبل قول مدعى الوكالة . وهو الصحيح . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

والوجه الثانى : القول قول مدعى الحوالة .

فإن قلنا : القول قول المحيل ، لحلف : برىء من حق المحتال . وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه .

وإن قلنا : القول قول المحتال ، فحلف : كان له مطالبة المحيل بحقه ، ومطالبة المحال عليه . فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل ، فله أخذ ما قبض لنفسه . وإن استوفى من المحيل دون المحال عليه : رجع المحيل على المحال عليه فى أحد الوجهين . قال القاضى : وهذا أصح .

والوجه الثانى : لايرجع عليه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وإن كان قبض الحوالة ، فتلفت فى يده بتفريط ، أو أتلفها : سقط حقه على كلا الوجهين .

وإن تلفت بغير تفريط . فعلى الوجه الأول : يسقط حقه أيضاً . وعلى الوجه الثانى : له أن يرجع على المحيل بحقه . وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه . قاله المصنف ، والشارح .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الحَوَالَةِ وَجْهًا وَاحِدًا ﴾ .

يعنى : إذا اتفقا على ذلك ، وادعى أحدهما : أنه أريد به الوكالة ، وأنكر الآخر . فالقول قول مدعى الحوالة . لا أعلم فيه خلافاً . وقطع به الأصحاب .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الحوالة على ماله فى الديوان إذن فى الاستيفاء فقط . وللمحتال الرجوع ومطالبة محيله .

تنبيه : ذكر بعض المصنفين مسألة المقاصة[1] هنا . وذكرها بعضهم فى آخر السلم . ولم يذكرها المصنف ، وذكر مايدل عليها فى كتاب الصداق .

وقد ذكرناها فى آخر باب السلم فليعاود .

باب الصلح

فائدة : « الصلح » عبارة عن معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين مختلفين . قاله المصنف وغيره .

قال ابن رزين فى شرحه : هو الموافقة بعد المنازعة . انتهى .

و « الصلح » أنواع : صلح بين المسلمين وأهل الحرب . وتقدم فى الجهاد . وصلح بين أهل البغى والعدل . ويأتى . وبين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ، أو خافت الزوجة إعراض زوجها عنها . ويأتى أيضاً . وبين المتخاصمين فى غير المال ، أوفى المال . وهو المراد هنا .

وهو قسمان : صلح على الإقرار ، وصلح على الإنكار .

وقسم بالمال . وهو الصلح مع السكوت عنه .

قوله ـ فى صُلْحِ الإِقْرَارِ ـ ﴿ أَحَدُهُما : الصُّلْحُ عَلَى جِنْسِ الحَقِّ ، مِثْلَ أَنْ يُقِرَّ لَهُ بِدَيْنٍ . فَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَهُ ، أَوْ بِعَيْنٍ . فَيَهَبَ لَهُ بَعْضَهَا ،

---

(١) فى الأحمدية « المقارصة » .

وَيَأْخُذَ الْبَاقِيَ . فَيَصِحُّ إنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ . مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْبَاقِيَ ، أَوْ يَمْنَعَهُ حَقَّهُ بِدُونِهِ ﴾ .

إذا أقر له بدين أو بعين ،فوضع عنه بعضه ، أو وهب له بعضها ، من غير شرط : فهو صحيح . لأن الأول إبراء . والثانى هبة بلا نزاع ، لكن لا يصح بلفظ « الصلح » على الصحيح من المذهب . لأنه هضم للحق .

قال فى الفرع : لا بلفظ « الصلح » على الأصح .

قال الزركشى : هذا المشهور . وهو مختار القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما .

قال القاضى : وهو مقتضى قول الإمام أحمد رحمه الله : ومن اعترف بحق فصالح على بعضه ، لم يكن صلحاً . لأنه هضم للحق .

وقدمه فى التلخيص . وغيره ، وهو مقتضى كلام الخرقى ، وابن أبى موسى . انتهى . وهو من المفردات .

وعنه يصح بلفظ « الصلح » وهو ظاهر ما فى الموجز ، والتبصرة . واختاره ابن البنا فى خصاله .

فائدة : ظاهر كلام الخرقى: أن الصلح على الإقرار لا يسمى صلحاً . وقاله ابن أبى موسى . وسماه القاضى وأصحابه صلحاً .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : والخلاف فى التسمية . وأما المعنى : فمتفق عليه .

قال الزركشى : وصورته الصحيحة عندهم : أن يعترف له بعين ، فيعاوضه عنها ، أو يهبه بعضها ، أو بدين . فيبرئه من بعضه ونحو ذلك . فيصح إن لم يكن بشرط ، ولا امتناع من أداء الحق بدونه . انتهى .

وقول المصنف « إن لم يكن بشرط » له صورتان

إحداهما : أن يمنعه حقه بدونه . فالصلح فى هذه الصورة : باطل، قولا واحداً .

والثانية : أن يقول : على أن تعطيني الباقي أو كذا ، وما أشبهه . فالصلح أيضاً في هذه الصورة باطل . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به الأكثر .

وقيل : يصح الصلح والحالة هذه .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ ذَلِكَ مِمَّنْ لاَ يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ، كَالْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ لَهُ وَنَحْوِهِمَا ﴾ إلاَّ فِي حَالِ الإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ . بلا نزاع فيهما .

وقوله ﴿ وَوَلِيِّ الْيَتِيمِ ، إلاَّ فِي حَالِ الإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ ﴾ .

هو الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يصح الصلح أيضاً . قطع به في الترغيب .

فائدة : يصح الصلح عما ادعى على مُوَلِّيه ، و به بينة ، على الصحيح من المذهب . وقيل : لا يصح .

قوله ﴿ وَلَوْ صَالَحَ عَنِ الْمُؤَجَّلِ بِبَعْضِهِ حَالاًّ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وفي الإرشاد ، والمبهج : رواية يصح .

واختاره الشيخ تقي الدين : لبراءة الذمة هنا . وكدين الكتابة . جزم به الأصحاب في دين الكتابة . ونقله ابن منصور .

وهي مستثناة من عموم كلام المصنف .

قوله ﴿ وَإِنْ وَضَعَ بَعْضَ الْحَالِّ ، وَأَجَّلَ بَاقِيَهِ : صَحَّ الإِسْقَاطُ دُونَ التَّأْجِيلِ ﴾ .

أما الإسقاط : فيصح ، على الصحيح من المذهب . واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لايصح الإسقاط .

وأما التأجيل : فلا يصح ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . لأنه وعد . وعنه يصح .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله رواية : بتأجيل الحال فى المعاوضة ، لاالتبرع

قال فى الفروع ، والظاهر : أنها هذه الرواية .

وأطلق فى التلخيص الروايتين فى صحة الصلح .

ثم قال : والذى أراه أن الروايتين : فى البراءة . وهو الإسقاط . فأما الأجل فى الباقى : فلا يصح بحال . لأنه وعد . انتهى .

واعلم أن أكثر الأصحاب قالوا : لايصح الصلح فى هذه المسألة . وصححه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وجزم به فى الكافى ، وغيره . وقدمه ناظم المفردات . فقال :

والدين إن يوصف بالحلول	فالصلح لايصح فى المنقول
عليه بالبعض مع التأجيل	رجحه الجمهور بالدليل
وقال بالجزم به فى الكافى	وفصل المقنع للخلاف
فصحح الإسقاط دون الآجل	وذاك نص الشافعى ينجلى انتهى .

فائدة : مثل ذلك ـ خلافا ومذهباً ـ : لو صالحه عن مائة صحاح بخمسين مكسرة ، هل هو : إبراء من الخمسين . أو وعد فى الأخرى ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الحَقِّ بِأَكْثَرَ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ دِيَةِ الْخَطإِ ، أَوْ عَنْ قِيمَةِ مُتْلَفٍ بِأَكْثَرَ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : الصحة فى ذلك ، وأنه قياس قول الإمام أحمد رحمه الله ، كعوض ، وكالمثلى .

قال فى الفروع : ويخرج على ذلك تأجيل القيمة . قاله القاضى وغيره .

وذكر المصنف ، والشارح ، ومن تبعهما : رواية بالصحة فيما إذا صالح عن المائة الثابتة بالإتلاف بمائة مؤجلة .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ بِعَرَضٍ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْهَا : صَحّ فِيهِمَا ﴾ .

بلا نزاع .

فائدة : لو كان فى ذمته مثلياً ، من قرض أو غيره : لم يجز أن يصالح عنه بأكثر منه من جنسه . وإن صالح عن قيمة ذلك بأكثر منها : جاز . قطع به فى الفروع والرعاية . وهو ظاهر ما جزم به فى المحرر ، وغيره ، ككلام المصنف .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ إِنْسَاناً لِيُقِرّ لَهُ بِالْعُبُودِيّةِ ، أَوِ امْرَأَةً لِتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه .

ومفهوم قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَ الْمدَّعَى عَلَيْهِ الْعُبُودِيّةَ إِلَى المدَّعِي مَالاً صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ : صَحّ ﴾ .

أن المرأة لو دفعت مالاً صلحاً عن دعواه عليها الزوجية : لم يصح . وهو أحد الوجهين . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهو ظاهر كلامه فى المذهب ، والهداية ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم . وكلامهم ككلام المصنف .

والوجه الثانى : يصح . ذكره أبو الخطاب ، وابن عقيل . وهو الصحيح . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الكافى ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : ومتى صالحته على ذلك ، ثم ثبتت الزوجية بإقرارها ، أو ببينة . فإن قلنا : الصلح باطل . فالنكاح باق بحاله . وإن قلنا : هو صحيح . احتمل ذلك أيضاً .

قلت : وهو الصواب .

واحتمل أن تبين منه بأخذ العوض عما يستحقه من نكاحها ، فكان خلعا .

وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، وشرح ابن رزين .

فائدة : لو طلقها ثلاثا ، أو أقل ، فصالحها على مال ، لتترك دعواها : لم يجز . وإن دفعت إليه مالاً ليقر بطلاقها : لم يجز . فى أحد الوجهين .

قلت : هذا الصحيح من المذهب .

وفى الآخر : يجوز ، كما لو بذلته ليطلقها ثلاثا .

قلت : يجوز لها أن تدفع إليه . ويحرم عليه أن يأخذ . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

تنبيه : قوله ﴿ النَّوْعُ الثَّانِى : أَنْ يُصَالِحَهُ عَنِ الحَقِّ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ . فَإِنْ كَانَ بِأَثْمَانٍ عَنْ أَثْمَانٍ ، فَهُوَ صَرْفٌ ﴾ .

يشترط فيه مايشترط فى الصرف .

ومفهوم قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ الأَثْمَانِ فَهُوَ بَيْعٌ ﴾ .

أن البيع يصح بلفظ « الصلح » وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وقاله فى الترغيب .

وقال فى التلخيص : وفى انعقاد البيع بلفظ الصلح تردد . يحتمل أن يصح ، ويحتمل أن لايصح . وعللهما .

وتقدم ذلك فى كتاب البيع .

فائدتان

إحداهما: يجوز الصلح عن دين بغير جنسه مطلقا . ويحرم بجنسه بأكثر أو أقل على سبيل المعاوضة . وتقدم قريب من ذلك .

الثانية : لو صالح بشيء فى الذمة : حرم التفرق قبل القبض .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ بِمنفعةٍ ، كَسُكْنَى دَارٍ . فَهُوَ إِجَارَةٌ . تَبْطُلُ بِتَلَفِ الدَّارِ ، كَسَائِرِ الإِجَارَاتِ ﴾ .

قاله الأصحاب . وذكر صاحب التعليق ، والمحرر : لو صالح الورثة مَنْ وُصِّى له بخدمة أو سكنى ، أو حمل أمة ، بدراهم مسماة : جاز لا بيعا .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَتِ المرْأَةُ بتَزْوِيجِ نَفْسِهَا : صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ عَيْبٍ فِى مَبِيعِهَا . فبان أنه ليس بعيب : رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ لاَ بِمَهْرِهَا ﴾

وهكذا رأيت فى نسخة قرئت على المصنف ، والمصنف ممسك للأصل ، وعليها خطه . وكذا قال فى الخلاصة ، والمحرر ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

قال فى تذكرة ابن عبدوس « فبان صحيحاً » .

وفى منور الأدمى ، ومنتخبه « فبان أن لاعيب »

وفى تجريد العناية « فبان بخلافه » وعليها شرح الشارح .

فمفهوم كلام هؤلاء : أنه لو كان به عيب حقيقة ، ثم زال عند المشترى : أنه لايرجع بالأرش .

قال ابن نصر الله فى حواشى الوجيز : بلا خلاف .

ووجد فى نسخ « فزال ، أى العيب » وكذا فى الكافى ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم .

فظاهر كلام هؤلاء : أنه إن كان به عيب حقيقة . ثم زال ، كالحمى مثلا ، والمرض ، ونحوهما .

لـكن أوله ابن منجا فى شرحه . وقال : معنى « زال » تبين . وذكر أنه لمصلحة من أذن له فى إصلاحه ، كالنسخة الأولى . ومَثَّله : بما إذا كان المبيع أمة ظنها حاملاً لانتفاخ بطنها . ثم زال .

وقال : صرح به أبو الخطاب فى الهداية .

ثم قال : فعلى هذا : إن كان موجوداً ـ أى : العيب ـ عند العقد ، ثم زال . كبيع طير مريضاً ، فتعافى : لا شىء لها . وزوال العيب بعد ثبوته حال العقد : لايوجب بطلان الأرش .

لـكن تأويله مخالف لظاهر اللفظ . وهو مخالف لما صرح به فى الرعايتين والحاويين ، والمذهب ، والنظم . فإنهم ذكروا الصورتين . وجعلوا حكمهما واحداً .

إذا تحقق ذلك . فهنا صورتان .

إحداهما : إذا تبين أنه ليس بعيب . فهذه لا نزاع فيها فى رد الأرش .

الثانية : إذا كان العيب موجوداً ثم زال . فهذه محل الـكلام والخلاف . فحكى فى الرعايتين فيها وجهين . وزاد فى الـكبرى قولاً ثالثاً .

أحدها : أنه حيث زال يرد الأرش . وهو الذى قطع به فى المذهب ، والحاويين . وقدمه فى الرعايتين . وهو ظاهر قوله فى الوجيز ، والـكافى ، والفروع . لاقتصارهم على قولهم « فزال » .

والقول الثانى : أن الأرش قد استقر لمن أخذه ، ولو زال العيب . ولا يلزمه رده . وهذا ظاهر مافى الخلاصة ، والمقنع فى نسخة ، والمحرر ، والشرح ، وإدراك الغاية ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، والمنتخب ، وتجريد العناية . لاقتصارهم على قولهم « فتبين أنه ليس بعيب » اختاره ابن منجا .

وقال ابن نصر الله : لا خلاف فيه .

وكأنه ماطلع على كلامه فى المذهب ، والرعايتين ، والحلويين .

ولنا قول ثالث فى المسألة : اختاره ابن حمدان فى الـكبرى .

فقال ، قلت : إن زال العيب ـ والعقد جائز ـ أخذه ، و إلا فلا . انتهى .

قلت : وهو أقرب من القولين . و يزاد « إذا زال سريعاً عرفا » والله أعلم .

و بعده : القول بعدم الرد .

والقول بالرد مطلقاً إذا زال العيب بعيد . إذ لابد من حد يرد فيه .

ثم وجدته فى النظم قال « إذا زال سريعاً » فحمدت الله على موافقة ذلك .

قوله ﴿وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ لِلْحَاجَةِ﴾ .

سواء كان عيناً أو ديناً ، أو كان الجهل من الجانبين ، أو ممن عليه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، وقطع به كثير منهم .

وخرج القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وغيرهما : عدم الصحة فى صلح المجهول ، والإنكار من البراءة من المجهول .

وخرجه فى التبصرة من الإبراء من عيب لم يعلماه .

وقيل : لا يصح عن أعيان مجهولة . لكونه إبراء . وهى لا تقبله .

وقال فى الترغيب : وهو ظاهر كلامه . واختاره فى التلخيص ، وقال : قاله القاضى فى التعليق الكبير .

تنبيه : مفهوم كلامه : أنه إذا أمكن معرفة المجهول : لا يصح الصلح عنه . وهو صحيح . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، وغيرهم لعدم الحاجة كالبيع .

قال فى الفروع : وهو ظاهر نصوصه . وهو ظاهر ماجزم به فى الإرشاد ، وغيره .

والذى قدمه فى الفروع : أنه كبراءة من مجهول .

قال فى التلخيص : وقد نزل أصحابنا الصلح عن المجهول المقر به بمعلوم منزلة الإبراء من المجهول . فيصح على المشهور ، لقطع النزاع .

و إن قلنا : لا يصح الإبراء من المجهول ، فلا يصح الصلح عنه .

فائدة : حيث قلنا : يصح الصلح عن المجهول . فإنه يصح بنقد ونسيئة . جزم به فى الفروع وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ الْقِسْمُ الثَّانِى : أَنْ يَدَّعِى عَلَيْهِ عَيْنًا ، أَوْ دَيْنًا . فَيُنْـكِرُهُ أو يسكت ، ثُمَّ يُصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ . فَيَصِحُّ ، وَيَكُونُ بَيْعًا فِى حَقِّ الْمدّعِى . حَتَّى إِنْ وَجَدَ بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ الصُّلْحِ ، وَإِنْ كَانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا : ثَبَتَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ﴾ .

و إن صالح ببعض العين المدعى بها ، فهو فيه كالمنكر . قاله الأصحاب .

قال فى الفروع : وفيه خلاف .

قال فى الرعاية الـكبرى : فهو كالمنـكر . وفى صحته احتمالان .

﴿ وَيَـكُونُ إِبْرَاءً فِى حَقِّ الآخَرِ . فَلاَ يَرُدُّ مَا صَالَحَ عَنْهُ بِعَيْبٍ . وَلاَ يُؤْخَذُ بِشُفْعَةٍ ﴾ .

اعلم أن الصحيح من المذهب : صحة الصلح على الإنكار . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : لا يصح الصلح عن الإنكار .

فعلى المذهب : يثبت فيه ما قال المصنف . وعليه الأصحاب .

لـكن قال فى الإرشاد : يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة . لأن المدعى ملجأ إلى التأخير بتأخير خصمه .

قال فى التلخيص ، والترغيب : وظاهر ماذكره ابن أبى موسى : أن أحكام البيع والصرف لا تثبت فى هذا الصلح ، إلا فيما يختص بالبيع ، من شفعة عليه ، وأخذ زيادة ، مع اتحاد جنس المصالح عنه والمصالح به . لأنه قد أمـكنه أخذ حقه بدونها ، و إن تأخر .

واقتصر صاحب المحرر على قول الإمام أحمد رحمه الله : إذا صالحه على بعض حقه بتأخير : جاز .

وعلى قول ابن أبى موسى : الصلح جائز بالنقد والنسيئة ومعناه . ذكره أبو بكر . فإنه قال : الصلح بالنسيئة .

ثم ذكر رواية مهنا : يستقيم أن يكون صلحاً بتأخير . فإذا أخذه منه لم يطالبه بالبقية . انتهى .

قلت : ممن قطع بصحة صلح الإنكار بنقد ونسيئة : ابن حمدان فى الرعاية وذكره فى المستوعب ، والتلخيص ، والحاويين ، وغيرهم عن ابن أبى موسى . واقتصروا عليه .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكِرِ أَجْنَبِيٌّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ : صَحَّ ﴾ .

إذا صالح عن المنكر أجنبي ، فتارة يكون المدعَى به ديناً ، وتارة يكون عيناً .

فإن كان المدعَى به دينا : صح الصلح عند الأصحاب . وجزم به الأكثر . منهم صاحب الفروع .

وقيل : لايصح . لأنه بيع دين لغير المديون . ذكره فى الرعاية الكبرى .

وإن كان عينا ، ولم يذكر أن المنكر وكله . فظاهر كلام المصنف هنا : صحة الصلح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلامه فى الوجيز وغيره . وجزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى الرعايتين ، والفائق .

وقيل : لايصح إن لم يدع أنه وكله . جزم به فى المحرر ، والحاويين . وهو ظاهر ماجزم به ابن رزين فى نهايته . وقدمه فى النظم . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ، فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

قال فى الخلاصة : لايصح فى الأصح . وصححه ابن منجا فى شرحه .

قال فى الرعاية الكبرى : أظهرهما لايرجع . واختاره فى الحاوى الكبير .

وهو ظاهر ماجزم به فى الحاوى الصغير . فإنه قال : ورجع إن كان أذن .
وجزم به فى المحرر ، والوجيز . وقدمه فى الفائق ، والشرح ، والنظم .

والوجه الثانى : يرجع إن نوى الرجوع ، و إلا فلا .

قال المصنف ، ومن تبعه : وخرجه القاضى ، وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه .

قال المصنف : وهذا التخريج لايصح . وفرق بينهما .

قال فى الفائق : والتخريج باطل . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والتلخيص ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الكبير ، والفروع .

قوله ﴿وَإِنْ صَالَحَ الأَجْنَبِيُّ لِنَفْسِهِ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، غَيْرَ مُعْتَرِفٍ بِصِحَّةِ الدَّعْوَى ، أَوْ مُعْتَرِفًا بِهَا ، عَالِمًا بِعَجْزِهِ عَنِ اسْتِنْقَاذِهَا : لَمْ يَصِحَّ﴾

إذا لم يعترف الأجنبى للمدعى بصحة دعواه ، فالصلح باطل ، بلا نزاع أعلمه .

و إن اعترف له بصحة الدعوى ، وكان المدعى به ديناً : لم يصح أيضاً ، على الصحيح من المذهب . ومن الأصحاب من قال : يصح .

قال فى المغنى ، والشرح : وليس بجيد .

قال ابن منجا فى شرحه : وليس بشىء .

و إن كان المدعى به عينا . فقال الأجنبى للمدعى : أنا أعلم أنك صادق ، فصالحنى عنها . فإنى قادر على استنقاذها من المنكر : صح الصلح . قاله الأصحاب .

فإن عجز عن انتزاعه : فله الفسخ ، كما قال المصنف هنا .

قال فى المغنى : ويحكى أنه إن تبين أنه لايقدر على تسليمه ، تبين أن الصلح كان فاسداً . وهذه طريقة المصنف ، والشارح ، وغيرهما فى هذه المسألة .

وقال فى الفروع : ولو صالح الأجنبى ليكون الحق له ، مع تصديقه المدعى فهو شراء دين أو مغصوب . تقدم بيانه .

وكذا قال فى الرعاية ، والحاوى ، والفائق ، وغيرهم . وهو الصواب .

والذى تقدم هو فى آخر باب السلم عند قوله « ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو فى ذمته »

قوله ﴿ وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِدِيَاتٍ ، وَبِكُلِّ مَا يُثْبِتُ مَهْرًا ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لايصح بمبهم من أعيان مختلفة .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويحتمل منع صحة الصلح بأكثر منها .

قال أبو الخطاب فى الانتصار : لا يصح الصلح . لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة . فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس .

وقال فى الترغيب ، والتلخيص : يصح بما يزيد على قدر الدية . إذا قلنا : يجب القود عينا . أو اختاره الولى ، على القول بوجوب أحد شيئين .

وقيل : الاختيار يصح على غير جنس الدية . ولا يصح على جنسها إلا بعد تعيين الجنس — من إبل أو غنم — حذراً من ربا النسيئة ، وربا الفضل . انتهى .

وتابعه فى الرعاية الكبرى ، والفائق ، وجماعة .

ويأتى التنبيه على ذلك فى أوائل باب العفو عن القصاص .

وتقدم الصلح عن دية الخطأ : أنه لايصح بأكثر منها من جنسها .

فوائد

الأولى : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم : يصح حالاً ومؤجلا . وذكره صاحب المحرر .

قلت : قال فى الرعاية الكبرى : ويصح الصلح عن القود بما يثبت مهراً ويكون حالاً فى مال القاتل .

الثانية : لو صالح عن القصاص بعبد أو غيره ، فخرج مستحقاً أو حراً : رجع

بقيمته . ولو علما كونه مستحقاً أو حراً ، أو كان مجهولاً ، كدار وشجرة .
بطلت التسمية ووجبت الدية ، أو أرش الجرح .

وإن صالح على حيوان مطلق من آدمى أو غيره : صح ووجب الوسط ، على الصحيح من المذهب . وخرج بطلانه .

الثالثة : لو صالح عن دار ونحوها بعوض . فبان العوض مستحقا : رجع بالدار ونحوها ، أو بقيمته إن كان تالفا . لأن الصلح هنا بيع حقيقة ، إذا كان الصلح عن إقرار . وإن كان عن إنكار : رجع بالدعوى .

قال فى الرعاية ، قلت : أو قيمته مع الإنكار .

وحكاه فى الفروع قولا . لأنه فيه بيع .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ سَارِقًا ﴾

وكذا شارباً ليطلقه ، أو شاهداً ليكتم شهادته ، أو لئلا يشهد عليه ، أو ليشهد بالزور ، أو شفيعاً عن شفعته ، أو مقذوفا عن حده : لم يصح الصلح بلا نزاع .
وكذا لو صالحه بعوض عن خيار .

قوله ﴿ وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الرعايتين : وتسقط الشفعة فى الأصح .

قال فى الحاويين : وتسقط فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقيل : لاتسقط . اختاره القاضى ، وابن عقيل .

قال فى تجريد العناية : وتسقط فى وجه . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

ويأتى ذلك أيضاً فى كلام المصنف فى باب الشفعة فى الشرط الثالث .

وأما سقوط حد القذف : فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما فى الخلاصة ، والمحرر ، والفائق . وغيرهم .

وهما مبنيان عند أكثر الأصحاب على أن حد القذف : هل هو حق لله أوللآدمى ؟ فيه روايتان . يأتيان إن شاء الله تعالى فى كلام المصنف فى أوائل باب القذف .

فإن قلنا : هو حق لله ، لم يسقط ، وإلا سقط . والصحيح من المذهب : أنه حق للآدمى . فيسقط الحد هنا ، على الصحيح .

وقال فى الرعاية الكبرى : وتسقط الشفعة فى الأصح . وكذا الخلاف فى سقوط حد القذف .

وقيل : إن جعل حق آدمى سقط ، وإلا وجب .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُجْرِىَ عَلَى أَرْضِهِ أَوْ سَطْحِهِ مَاءً مَعْلُومًا : صَحَّ ﴾

بلا نزاع أعلمه . لكن إن صالحه بعوض . فإن كان مع بقاء ملكه : فهى إجارة ، وإلا بيع .

وإن صالحه على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبينا موضعها ، وعرضها وطولها : جاز . ولا حاجة إلى بيان عمقه . ويعلم قدر الماء بتقدير الساقية . وماء مطر : برؤية مايزول عنه الماء ومساحته . ويعتبر فيه تقدير مايجرى فيه الماء ، لاقدر المدة للحاجة كالنكاح .

فوائد

الأولى : إذا أراد أن يجرى ماء فى أرض غيره من غير ضرر عليه ، ولا على أرضه . لم يجز له ذلك إلا بإذن ربها ، إن لم تكن حاجة ولا ضرورة . بلا نزاع ، وإن كان مضروراً إلى ذلك : لم يجز أيضاً إلا بإذنه ، على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، وصاحب الحاوى الكبير ، والشارح : هذا أقيس وأولى . وقدمه فى الفروع .

وعنه يجوز ، ولو مع حفر . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق . وقدمه فى الرعاية الكبرى : وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

فعلى الرواية الثانية : لايجوز فعل ذلك إلا للضرورة . وهو ظاهر ماقطع به فى المغنى ، والشرح ، والحاوى الكبير . وجزم به فى الفائق ، والوجيز .

وقيل : يجوز للحاجة .

وصاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير : إنما حكوا الروايتين فى الحاجة .

وأطلق القولين فى الفروع ، وأطلقهما ابن عقيل فى حفر بئر ، أو إجراء نهر أو قناة .

نقل أبو الصقر : إذا أساح عيناً تحت أرض ، فانتهى حفره إلى أرض لرجل أو دار : فليس له منعه من ظهر الأرض ولا بطنها إذا لم يكن عليه مضرة .

الثانية : لو كانت الأرض فى يده بإجارة ، جاز للمستأجر أن يصالح على إجراء الماء فيها فى ساقية محفورة مدة لاتجاوز مدة الإجارة . و إن لم تكن الساقية محفورة : لم تجز المصالحة على ذلك . وكذا حكم المستعير .

ولا يصح منهما الصلح على إجراء ماء المطر على سطح .

وفيه على أرض بلا ضرر احتمالان . وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، والحاوى الكبير .

قلت : الصواب عدم الجواز . ثم رأيت ابن رزين فى شرحه قدمه .

و إن كانت الأرض التى فى يده وقفاً . فقال القاضى وابن عقيل : هو كالمستأجر . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقال المصنف : يجوز له حفر الساقية . لأن الأرض له ، وله التصرف فيها كيف شاء ، مالم ينقل الملك فيها إلى غيره ، بخلاف المستأجر .

قال فى الفروع : فدل أن الباب ، والخوخة والكوة ، ونحو ذلك : لايجوز فعله فى دار مؤجرة . وفى موقوفة : الخلاف ، أو يجوز قولا واحداً . وهو أولى . لأن تعليل الشيخ – يعنى به المصنف – لو لم يكن مُسلَّماً لم يفد . وظاهره : لاتعتبر المصلحة وإذن الحاكم . بل عدم الضرر ، وأن إذنه يعتبر لرفع الخلاف .

ويأتى كلام ابن عقيل فى الوقف .

وفيه إذنه فيه لمصلحة المأذون الممتاز بأمر شرعى ، فلمصلحة الموقوف أو الموقوف عليه أولى . وهو معنى نصه فى تجديده لمصلحة .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله عن أكثر الفقهاء فى تغيير صفات الوقف لمصلحة . كالحكورة . وعمله حكام الشام حتى صاحب الشرح فى الجامع المظفرى . وقد زاد عمر وعثمان – رضى الله عنهما – فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم وغيرا بناءه . ثم عمر بن عبدالعزيز رضىالله عنه وزاد فيه أبواباً . ثم المهدى . ثم المأمون .

الثالثة : لو صالح رجلا على أن يسقى أرضه من نهر لرجل يوما أو يومين ، أو من عينه . وقدره بشىء يعلم به : لم يجز ، على الصحيح من المذهب . لأن الماء ليس بمملوك ، ولا يجوز بيعه . فلا يجوز الصلح عليه . اختاره القاضى . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يجوز . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح ، ومالا إليه .

قلت : وهو الصواب . وعمل الناس عليه قديماً وحديثاً .

الرابعة : إذا صالحه على سهم من العين . أو النهر – كالثلث والربع ونحوهما – جاز . وكان بيعاً[1] للقرار ، والماء تابع له . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

---

(١) فى الأحمدية « تبعا »

قوله ﴿ وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ مَمَرًّا فِى دَارٍ وَمَوْضِعًا فِى حَائِطِهِ يَفْتَحُهُ بَابًا ، وَبُقْعَةً يَحْفِرُهَا بِئْرًا ، وَعُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِى عَلَيْهِ بُنْيَانًا مَوْصُوفًا ﴾

بلا نزاع . وقال المصنف ومن تبعه ـ فى وضع خشب أو بناء ـ يجوز إجارةً ، مدة معلومة ، ويجوز صلحاً أبداً .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ غَيْرَ مَبْنِيٍّ : لَمْ يَجُزْ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

أحدهما يجوز ـ أى يصح ـ إذا وصف العلو والسفل ، وهو الصحيح من المذهب

قال فى الفروع : والأصح يصح إذا كان معلوماً . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوى الكبير ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم . وصححه فى التصحيح والرعاية ، وغيرهما .

والوجه الثانى : لايجوز ـ أى لايصح ـ قاله القاضى .

وتقدم التنبيه على ذلك كله فى كتاب البيع فى الشرط الثالث . فإنه داخل فى كلامه هناك على وجه العموم . وهنا مصرح به .

وبعض الأصحاب ذكر المسألة هناك . وبعضهم ذكرها هنا . وبعضهم عبر بالصلح عن ذلك ، وهو كالبيع هنا . فالنقل فيها من المكانين .

تنبيه : حيث صححنا ذلك . فمتى زال . فله إعادته مطلقا ، ويرجع بأجرة مدة زواله عنه . وفى الصلح : على زواله ، وعدم عوده .

فائدة : حكم المصالحة فى ذلك كله : حكم البيع .

لكن قال فى الفنون : فإذا فرغت المدة يحتمل أنه ليس لرب الجدار مطالبته بقلع خشبه .

قال : وهو الأشبه كإعارته لذلك ، لما فيه من الخروج عن حكم العرف . لأن العرف وضعها للأبد . فهو كإعارة الأرض للدفن .

ثم إما أن يتركه بعد المدة بحكم العرف بأجرة مثله إلى حين نفاد الخشب ، لأنه العرف فيه . كالزرع إلى حصاده ، للعرف فيه ، أو يجدد أجرة بأجرة المثل . وهى المستحقة بالداوم بلا عقد .

قوله ﴿ وَإِنْ حَصَلَ فِى هَوَائِهِ أَغْصَانُ شَجَرَةِ غَيْرِهِ فَطَالَبَهُ بِإِزَالَتِهَا لَزِمَهُ . فَإِنْ أَبَى فَلَهُ قَطْعُهَا ﴾ .

قال الأصحاب : له إزالتها بلا حكم حاكم .

قال فى الوجيز : فإنْ أبى لَواه ، إن أمكن ، وإلا فله قطعه . وكذا قال غيره .

وقيل للإمام أحمد رحمه الله : يقطعه هو ؟ قال : لا . يقول لصاحبه حتى يقطعه .

فائدة : إذا حصل فى ملكه أو هوائه أغصان شجرة : لزم المالك إزالته إذا طالبه بذلك . بلا نزاع . لكن لو امتنع من إزالته ، فهل يجبر عليه ويضمن ما تلف به ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : لا يجبر . ولا يضمن ما تلف به . وهو الصحيح . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين فى عدم الإجبار .

والثانى : يجبر على إزالته ، ويضمن ما تلف به . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقال ابن رزين : ويضمن ما تلف به ، إن أمر بإزالته ولم يفعل .

وكذا قال فى المغنى والشرح .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ ذَلِكَ بِعِوَضٍ : لَمْ يَجُزْ ﴾ .

وهو أحد الوجوه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ونهاية ابن رزين . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقيل : يجوز .

قال المصنف فى المغنى : اللائق بمذهبنا صحته . واختاره ابن حامد ، وابن

عقيل . وجزم به فى المنور . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

وقيل : إن صالحه عن رطبه : لم يجز ، وإن كان يابساً جاز . اختاره القاضى . وجزم به فى الوجيز ، والمستوعب .

وقدم فى التلخيص عدم الجواز فى الرطبة ، لأنها تتغير . وأطلق الوجهين فى اليابسة .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاويين : وإن صالحه عن رطبة لم يجز .

وقيل فى الصلح عن غصن الشجرة : وجهان . انتهيا .

وأطلق الأوجه الثلاثة فى النظم ، والفائق .

واشترط القاضى للصحة : أن يكون الغصن معتمدا على نفس الحائط . ومنع إذا كان فى نفس الهواء . لأنه تابع للهواء المجرد .

وقال فى التبصرة : يجوز مع معرفة قدر الزيادة بالأذرع .

قوله ﴿ وَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ لَهُ ، أَوْ بَيْنَهُمَا : جَازَ ، وَلَمْ يُلْزَمْ ﴾

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وغيرهم . وقدمه فى الفائق .

قال فى الرعاية الكبرى : جاز فى الأصح .

وقيل : لا يجوز .

وقال الإمام أحمد رحمه الله ــ فى جعل الثمرة بينهما ــ لا أدرى . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح . وأطلقهما فى الفروع .

وقال المصنف : والذى يقوى عندى : أن ذلك إباحة ، لا صلح .

فائدتان

إحداهما : حكم عروق الشجرة فى غير أرض مالكها : حكم الأغصان . على

الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل عنه : حكمها حكم الأغصان إذا حصل ضرر ، و إلا فلا .

الثانية : صلح مَنْ مال حائطه ، أو زَلِق من خشبه إلى ملك غيره : كالأغصان . قاله فى الفروع .

وقال : وهو ظاهر رواية يعقوب .

وفى المبهج — فى باب الأطعمة — ثمرة غصن فى هواء طريق عام للمسلمين .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُشْرَعَ إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحاً وَلا سَابَاطاً ﴾ .

وكذا لا يجوز أن يخرج دكة . وهذا المذهب مطلقاً . نص عليه فى رواية أبى طالب ، وابن منصور ، ومهنا ، وغيرهم . انتهى .

وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وهو من مفردات المذهب .

وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله جوازه بلا ضرر . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله فى شرح العمدة . واختاره هو وصاحب الفائق .

فعلى المذهب فيهما وفى الميزاب — الآتى حكمه — يضمن ما تلف بهم .

و يأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب الغصب .

وفى سقوط نصف الضمان ، بناء على أصله : وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية فى باب الغصب .

قلت : الصواب ضمان الجميع .

ثم وجدت المصنف والشارح — فى كتاب الغصب — قالا لمن قال من أصحاب الشافعى : إنه يضمن بالنصف ، لأنه إخراج يضمن به البعض . فضمن به الكل ، لأنه المعهود فى الضمان .

وقال الحارثى : وقال الأصحاب : وبأن النصف عدوان . فأوجب كل الضمان . فظاهر ما قالوا : أنه يضمن الجميع .

فائدتان

إحداهما : لايجوز إخراج الميزاب إلى الطريق النافذ ، ولا إلى درب غير نافذ إلا بإذن أهله ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى القواعد الفقهية : هو كإشراع الأجنحة عند الأصحاب . وهو كما قال . وهو من المفردات .

وفى المغنى ، والشرح احتمال بالجواز ، مع انتفاء الضرر .

وحكى رواية عن الإمام أحمد ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله فى شرح العمدة . كما تقدم .

قلت : وعليه العمل فى كل عصر ومصر .

قال فى القواعد الفقهية : اختاره طائفة من المتأخرين .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إخراج الميازيب إلى الدرب : هو السنة . واختاره . وقدمه فى النظم . فعلى هذا : لاضمان .

تنبيه : محل عدم الجواز والضمان فى الجناح والساباط والميازيب : إذا لم يأذن فيه الإمام أو نائبه .

فأما إن أذن أحدهما فيه : جاز ذلك إن لم يكن فيه ضرر ، عند جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : وجوز ذلك الأكثر بإذن الإمام . وقاله فى القواعد عن القاضى ، والأكثر .

وجزم به فى التلخيص ، والمحرر ، والنظم وغيرهم .

قال الحارثى : وجزم به القاضى فى المجرد ، والتعليق الكبير ، وابن عقيل فى الفصول .

وقيل : لا يجوز ، ولو أذن فيه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والفائق ، والحاويين .

وقال الحارثى ، فى باب الغصب : والمذهب المنصوص : عدم الإباحة مطلقاً ، كما تقدم فى باب الصلح . انتهى .

وقدمه فى القاعدة الثامنة والثمانين . وقال : نص عليه فى رواية أبى طالب ، وابن منصور ، ومهنا ، وغيرهم . قاله القاضى فى المجرد .

قلت : بل هو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقال المجد فى شرحه ، فى كتاب الصلاة : إن كان لايضر بالمارة جاز . وهل يفتقر إلى إذن الإمام ؟ على روايتين .

الثانية : لم يذكر الأصحاب مقدار طول الجدار الذى يشرع عليه الجناح ، والميزاب والساباط ، إذا قلنا بالجواز . لكن حيث انتفى الضرر جاز .

وقال فى التلخيص ، والترغيب : يكون بحيث يمكن عبور محمل . وقدمه فى الرعاية الكبرى . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال بعض الأصحاب : يكون بحيث يمكن مرور رمح قائماً بيد فارس .

قوله ﴿ وَلاَ دُكَّاناً ﴾ .

لايجوز أن يشرع دكاناً فى طريق نافذ ، سواء أذن فيه الإمام أو لا . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى المغنى ، والشرح ، والحاوى الكبير : لا نعلم فيه خلافا . وقدمه فى الفروع .

وقيل : حكمه حكم الجناح ونحوه .

قال فى الفروع : مع أن الأصحاب لم يجوزوا حفر البئر والبناء فى ذلك لنفسه وكأنه لما فيه من الدوام . قال : ويتوجه من هذا الوجه : تخريج - يعنى : فى جواز حفر البئر والبناء .

وظاهر كلامه فى الرعاية الكبرى : جواز إخراج الدكان . وإن منعنا من غيره على المقدم .

فإنه قال : وليس لأحد أن يخرج إلى درب نافذ من ملكه رَوْشنا . ولا كذا، ولا كذا . وقيل : ولا دكانا .

ولعله سهو ، إن لم يكن فى النسخة غلط .

[تنبيه : ممن ذكر « الدكان » ـ كالمصنف ـ واقتصر عليه : أبو الخطاب فى الهداية والمستوعب ، وجمع كثير .

وممن ذكر « الدكة » ـ واقتصر عليها ، ولم يذكر « الدكان » ـ جماعة . منهم ابن حمدان فى الرعاية الصغرى ، وصاحب الحاوى الصغير .

وقد فسر ابن منجا « الدكان » فى كلام المصنف بالدكة .

قال فى المطلع : قال أبو السعادات « الدكان » الدكة المبنية للجلوس عليها .

وقال فى البدر المنير « الدكة » المكان المرتفع يجلس عليه . وهو المصطبة .

وجمع ابن حمدان فى الرعاية الكبرى بينهما . فقال : وليس لأحد أن يخرج إلى طريق نافذ دكة ، وقيل : ولا دكانا . انتهى . فغاير بينهما .

وقد قال الجوهرى « الدكان » الحانوت . انتهى .

فهو غير « الدكة » عنده .

وقال فى البدر المنير : و « الدكان » يطلق على الحانوت ، وعلى « الدكة » التى يقعد عليها . انتهى .

وقال فى القاموس : « الدكة » بالفتح . و « الدكان » بالضم : بناء يسطح أعلاه للمقعد . انتهى [1]]

قوله ﴿ وَلاَ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِى دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، إِلاَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِ ﴾ .

بلا نزاع . وكذا لا يجوز له أن يفعل ذلك فى هواء جاره إلا بإذنه .

قوله ﴿ فَإِنْ صَالَحَ عَنْ ذلك بِعِوَضٍ : جَازَ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . قال فى الفروع : ويصح صلحه عن معلومه بعوض فى الأصح ،

(١) زيادة من هامش نسخة المصنف .

وصححه فى التصحيح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاويين . واختاره أبو الخطاب وغيره . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

الوجه الثانى : لايجوز . اختاره القاضى . وجزم به فى نهاية ابن رزين . ورده المصنف ، والشارح . وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ ظَهْرُ دَارِهِ فِى دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ الاسْتِطْرَاقِ : جَازَ ﴾

وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

ويحتمل أن لايجوز إلا بإذنهم . وهو لابن عقيل . واختاره بعض الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ فتحه للاسْتِطْرَاقِ : لم يجز إلاَّ بإِذْنِهِمْ ، فى أحد الوجهين ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فى التصحيح ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

قال فى الفائق : لم يجز فى أصح الوجهين .

والوجه الثانى : يجوز بغير إذنهم .

قوله ﴿ وَلَوْ أَنَّ بَابَهُ فِى آخِرِ الدَّرْبِ : مَلَكَ نَقْلَهُ إِلَى أَوَّلِهِ ﴾

يعنى : إذا لم يحصل ضرر من فتحه محاذياً لباب غيره ونحوه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

وقال فى الترغيب : وقيل لايجوز محاذياً لباب غيره .

فظاهره : أنه قدم الجواز مطلقاً . وهو ضعيف .

قوله ﴿ وَلَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ إِلَى دَاخِلٍ مِنْهُ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثاني : يجوز . قال فى الحاوى الكبير : اختاره صاحب المغنى . لكن لا يفتحه قبالة باب غيره . نص عليه .

وقال ابن أبى موسى : يجوز إن سد الباب الأول . وهو ظاهر نقل يعقوب .

تنبيه : محل الخلاف : إذا لم يأذن له مَنْ فوقه .

فأما إن أذنوا : ارتفع الخلاف ، على الصحيح .

وقيل : لابد أيضاً من إذن من هو أسفل منه . وهو بعيد .

وحيث قلنا : بالإذن ، وأذنوا . فيكون إعارة .

قال فى الفروع : ويكون إعارة فى الأشبه . وكذا قال قبله فى الرعاية الكبرى

فوائد

إحداها : لو كان لرجل داران ، ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ ، فرفع الحاجز بينهما ، وجعلهما داراً واحدة : جاز . فإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين . فقال القاضى : لا يجوز . وجزم به فى المذهب . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال فى الرعاية الكبرى : لم يجز فى الأصح .

قال فى الصغرى : جاز فى وجه . وقيل : يجوز .

قال المصنف : الأشبه الجواز .

قلت : وهو الصواب .

قال فى النظم : وهو الأقوى . وجزم به فى المنور . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والحاويين .

الثانية : الصحيح من المذهب : أن الجار يُمنع من التصرف فى ملكه بما يضر بجاره ، كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره ، و بناء حمام إلى جنب داره يتأذى بذلك ، ونصب تنور يتأذى باستدامة دخانه ، وعمل دكان قصارة ، أوحدادة ، يتأذى بكثرة دقه ، أو رحى ، أو حفر بئر ينقطع به ماء بئراً جاره ، ونحو ذلك . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع وغيرهم .

فإن حفر بئراً فى ملكه ، فانقطع ماء بئر جاره : أمر بسدها ، ليعود ماء البئر الأولة . على الصحيح .

فإن لم يعد كلف صاحب البئر الأولة حفر البئر التى سدت لأجله من ماله .

وعنه لا يكلف سد بئره ، ولو انقطع ماء بئر جاره .

قال القاضى : فيخرج فى المسائل التى قبلها — من الحمام ، والتنور ، ودكان القصارة ، والحدادة ونحوها — روايتين .

قال ابن رزين : رواية عدم المنع فى الجميع أقيس .

وقال فى التلخيص — فى باب إحياء الموات — يمنع من ذلك .

ثم قال : وفيه رواية أخرى : لايمنع من ذلك .

اختاره أبو بكر . ذكره أبو إسحاق فى تعاليقه عنه .

وأطلق الروايتين فى الجميع فى الفائق .

الثالثة : لو ادعى أن بئره فسدت من خلاء جاره ، أو بالوعته : طرح فى الخلاء أو البالوعة نفط . فإن لم يظهر طعم النفط ولا رائحته فى البئر : علم أن فسادها بغير ذلك . و إن ظهر طعمه أو رائحته فيها : كلف صاحب الخلاء والبالوعة نقل ذلك ، إن لم يمكن إصلاحها .

هذا إذا كانت البئر أقدم منهما .

وعلى الرواية الأخرى : لايلزم مالك الخلاء والبالوعة تغيير ما عمله فى ملكه بحال . قاله فى الحاويين وغيره .

الرابعة : ليس له منعه من تعلية داره ، فى ظاهر ماذكره المصنف فى المغنى . ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى الفروع : ويتوجه من قول الإمام أحمد رحمه الله « لاضرر ولاضرار » منعه .

قلت : وهو الصواب .

وقال الشيخ تقى الدين : ليس له منعه ، خوفاً من نقص أجرة ملكه بلا نزاع .

وقد قال فى الفنون : من أحدث فى داره دباغ الجلود ، أو عمل الصحناء : يحتمل المنع .

وقال ابن عقيل أيضاً : لايجوز أن يحدث فى ملكه قناة تَنِزُّ إلى حيطان الناس . انتهى .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ فِى حَائِطِ جَارِهِ ، وَلاَ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ روْزَنَةً ، وَلاَ طَاقاً إلاَّ بإذْنِ صاحِبِهِ ﴾

يحرم عليه التصرف فى ذلك حتى بضرب وتد ، ولا يحدث سترة .

قال فى الفروع : ذكره جماعة .

وحمل القاضى قول الإمام أحمد رحمه الله « يلزم الشريك النفقة مع شريكه على السترة » على سترة قديمة انهدمت .

واختار فى المستوعب وجوبها مطلقا على نصه . فقال : وعندى أن السترة واجبة على كل حال على مانص عليه من وجوبها .

فائدة : يلزم للأعلى بناء سترة تمنع مشارفة الأسفل ، على الصحيح من

المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونقله ابن منصور . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : يشاركه الأسفل .

وأما إذا تساويا ، فإن الممتنع يلزم بالمشاركة .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشَبِهِ عَلَيْهِ ﴾ يعنى على حائط جاره ، أو الحائط المشترك .

﴿ إلاَّ عِنْدَ الضَّرُورَةِ ، بِأَنْ لاَ يُمْكِنَهُ التَّسْقِيفُ إلاَّ بِهِ ﴾

إذا أراد أن يضع خشبه على جدار جاره ، أو الجدار المشترك ، فلا يخلو : إما أن يتضرر الحائط بذلك أولا . فإن تضرر بذلك : منع بلا نزاع .

وإن لم يتضرر فلا يخلو : إما أن يكون صاحب الخشب مستغنياً عن ذلك ، لإمكانه وضعه على غيره أولا . فإن كان مستغنياً عن وضعه ، وأراد وضعه عليه : منع منه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال المصنف ، والشارح : عليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وصححه فى الرعاية ، وغيرها . وجزم به فى الهداية . والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والوجيز ، وغيرهم .

وقال ابن عقيل : يجوز .

وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الجواز . وكذا صاحب المحرر وغيره .

وإن لم يكن مستغنياً ، ودعت الضرورة إلى ذلك عند الأكثر — وفى المغنى ، والشرح : ودعت الحاجة إلى ذلك — فالصحيح من المذهب : له وضعه عليه . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وهو من المفردات .

فعلى هذا : لايجوز لرب الجدار منعه ، وإن منعه أجبره الحاكم .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله على عدم اعتبار إذنه فى الوضع . ولو صالحه عنه بشىء جاز .

قال فى الرعاية : جاز فى الأصح . انتهى .

وقيل : لايجوز له وضعه بغير إذنه .

وخرجه أبو الخطاب من رواية المنع من وضعه على جدار المسجد . وهو قول المصنف .

وهذا تنبيه على أنه لايضعه على جدار جاره . لأن له فى المسجد حقاً . وحق الله مبنى على المساهلة . وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، والحاويين .

فائدة : ذكر أكثر الأصحاب الضرورة ، مثل أن يكون للجار ثلاثة جدر ، وله جدار واحد . منهم القاضى . وابن عقيل . وجزم به فى المستوعب . والرعاية .

وقال المصنف ، والشارح : وليس هذا فى كلام الإمام أحمد رحمه الله ، إنما قال فى رواية أبى داود « لايمنعه إذا لم يكن ضرر ، وكان الحائط يبقى » ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين ، إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعاً يحتاج أن يجعل فيه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر .

قال المصنف : والأولى اعتباره بما ذكرنا ، من امتناع التسقيف بدونه . ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والعاقل والمجنون .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَعَنْهُ لَيْسَ لَهُ وضْعُ خشبهِ على جِدَارِ المسْجِدِ ﴾ أن المقدم : جواز وضعه عليه . وهو ظاهر ماقدمه فى الحاويين . وهو إحدى الروايتين أو الوجهين . وهو المذهب عند ابن منجا فى شرحه . وجزم به فى المنور . وهو احتمال فى المذهب .

والرواية الأخرى : ليس له وضعه على جدار المسجد ، و إن جاز وضعه على جدار غيره . وهى التى ذكرها المصنف هنا . واختارها أبو بكر . وأبو محمد الجوزى ،

وصححه في الرعايتين . وجزم به في الخلاصة . وقدمه في المذهب . وأطلقهما في التلخيص ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والكافي .

فوائد

إحداها : لو كان له حق ماء يجرى على سطح جاره : لم يجز له تعلية سطحه ليمنع الماء . ذكره ابن عقيل ، وغيره . وليس له تعليته لكثرة ضرره .

الثانية : يجوز له الاستناد إلى حائط جاره و إسناد قماشه إليه .

وذكر في النهاية في منعه احتمالين .

وله الجلوس في ظله ، ونظره في ضوء سراجه .

ونقل المروذى : يستأذنه أعجب إلى . فإن منعه حاكمه .

ونقل جعفر قيل له : أيضعه ، ولا يستأذنه ؟ قال : نعم ، إيش يستأذنه ؟ !

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : العين والمنفعة التي لا قيمة لها عادة : لا يصح أن يرد عليها عقد بيع وإجارة اتفاقاً ، كمسألتنا .

الثالثة : لو ملك وضع خشبه على حائط . فزال لسقوطه ، أو قلعه ، أو سقوط الحائط ، ثم أعيد . فله إعادة خشبه إن حصل له ضرر بتركه ولم يخش على الحائط من وضعه عليه ، و إن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه : لزمه إزالته .

الرابعة : لو كان له وضع خشبه على جدار غيره : لم يملك إجارته ، ولا إعارته . ولا يملك أيضاً بيعه ، ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره .

ولو أراد صاحب الحائط إعارته أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه : لم يملك ذلك . فيعايي بها .

ولو أراد هدم الحائط من غير حاجة : لم يملك ذلك .

الخامسة : لو أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه ، أو وضع سترة عليه ، أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي يستحق وضعه : جاز . وصارت عارية لازمة ، يأتي حكمها في باب العارية .

وإن أذن فى ذلك بأجرة : جاز ، سواء كانت إجارة أو صلحاً على وضعه على التأبيد . ومتى زال فله إعادته .

ويشترط معرفة البناء والعرض والطول والسمك والآلات .

السادسة : لو وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك ، أو حائط جاره ، ولم يعلم سببه . فمتى زال فله إعادته .

وكذا لو وجد مسيل ماء يجرى فى أرض غيره ، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبهه . فإن اختلفا ، فالقول قول صاحب الخشب ونحوه .

قوله ﴿ وَإِنْ كانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ ، فَانْهَدَمَ . فَطَالَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِبِنَائِهِ مَعَهُ : أُجْبِرَ عَلَيه ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . ونص عليه فى رواية ابن القاسم ، وحرب ، وسندى وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره أصحابنا .

قال ابن عقيل : عليه أصحابنا .

قال القاضى : هذا أصح .

قال فى الرعاية الكبرى : لزم الآخر على الأصح .

قال فى الحاويين ، والفائق ، وغيرهم : أجبر ، فى أصح الروايتين .

قال ابن رزين : اختاره أكثر الأشياخ .

قال فى القواعد الفقهية : هذا المذهب . نص عليه فى رواية جماعة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى ، المحرر ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .

وهو من المفردات .

وعنه لا يجبر . اختاره المصنف ، والشارح . وقالا : هو أقوى فى النظر .

واختاره أبو محمد الجوزى أيضاً .

قال ابن رزين فى شرحه : وهو أظهر ، كبناء حائط بين ملكيهما .

فعلى الرواية الثانية : قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لو بناه ، ثم أراد نقضه ، فإن كان بناه بآلته : لم يكن له ذلك . و إن كان بناه من عنده : فله نقضه .

فإن قال الشريك : أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه : لم يجبر على ذلك .

و إن أراد غير البانى نقضه ، أو إجبار بانيه على نقضه : لم يكن له ذلك ، على كلا الروايتين . انتهيا .

و يأتى الحكم إذا قلنا : يجبر ، فى آخر المسألة .

وعلى الرواية الثانية أيضاً : ليس له منعه من بنائه .

لكن إن بناه بآلته فهو بينهما . وليس له منعه من الانتفاع به قبل أن يعطيه نصف قيمة عمله ، على الصحيح . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : ليس له منعه من الانتفاع فى الأشهر . كما ليس له نقضه .

قال فى الكافى : عاد بينهما ، كما كان برسومه وحقوقه . لأنه عاد بعينه .

وهو ظاهر ما جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح .

قال فى القاعدة السادسة والسبعين : هو قول القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والأكثرين . وقدمه فى النهاية ، والتلخيص ، والرعايتين .

وقيل : له منعه من الانتفاع حتى يعطيه نصف قيمة العمل . جزم به فى المستوعب ، والمحرر ، والحاويين . وهو ظاهر ما قدمه فى الفائق . وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى ، والقاضى فى خلافه .

وحكاه فى التلخيص عن بعض متأخرى الأصحاب .

قال ابن منجا فى شرحه : وفيما ذكره الأصحاب ــ من عدم منعه من الانتفاع به قبل أن يعطيه نصف قيمة عمله ــ نظر . بل ينبغى أن الثانى يملك منع شريكه

من التصرف فيه ، حتى يؤدى ما يخصه من الغرامة الواقعة بأجرة المثل . لأنه لو لم يكن كذلك لأدى إلى ضياع حق الشريك . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

قال فى الوجيز : وإذا بنى أحدهما الحائط بأنقاضه ، فهو بينهما ، إن أدى الآخر نصف قيمة التالف .

قوله على الرواية الثانية ﴿ وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ فَهُوَ لَهُ ﴾ .

ولا يحتاج إلى إذن حاكم فى بنائه . صرح به القاضى فى خلافه . وقدمه فى القواعد .

واعتبر فى المجرد إذن الحاكم . ونص الإمام أحمد رحمه الله على أنه يشهد على ذلك ﴿ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ الانْتِفَاعُ به ﴾ فله منع شريكه من الانتفاع به ، ومن وضع خشبه ورسومه حتى يدفع مايجب عليه .

صرح بذلك فى المغنى ، والشرح ، والقواعد .

قال فى الفائق : اختص به وبنفعه دون أرضه .

قال فى الحاويين : ملكه البانى خاصة ، وليس لشريكه الانتفاع به .

فإن كان لغير البانى عليه رسم طرح أخشاب ، فالبانى مخير بين أن يمكنه من وضع أخشابه ، ويأخذ منه نصف قيمة الحائط . وبين أن يأخذ بناءه ليعيد البناء بينهما . أو يشتركان فى الطرح .

وقال فى الفروع : وإن بناه بغيرها ، فله منعه من غير رسم طرح خشب .

فظاهر كلامه : عدم المنع من الرسوم .

وقد صرح المصنف وغيره بالمنع .

والظاهر : أن مراد صاحب الفروع بالجواز : إذا كان له حق فى ذلك ، وأراد الانتفاع بعد بنائه .

وقد صرح المصنف ، والشارح ـ بعد كلامهما الأول ـ بقريب من ذلك .

فقالا : فإن كان على الحائط رسم انتفاع ، أو وضع خشب ، قال له : إما أن تأخذ منى نصف قيمته . أو تمكننى من انتفاعى ، و إما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا . فيلزم الآخر إجابته . لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه ببنائه . انتهيا . وكذا قال غيرهما .

فائدة : قال فى القاعدة السادسة والسبعين ، فإن قيل : فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبه على جداره . فكيف منعتم هنا ؟ .

قلنا : إنما منعنا هنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً . سواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن . وأما التمكين من الوضع للارتفاق : فذلك مسألة أخرى . وأكثر الأصحاب يشترطون فيها الحاجة أو الضرورة ، على ماتقدم .

قوله ﴿ فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ ﴾ يعنى : الشريك الذى لم يبنِ : الانتفاع ﴿ خُيِّرَ الْبَانِى بَيْنَ أَخْذِ نِصْفِ قِيمَتِهِ مِنْهُ ، وَبَيْنَ أَخْذِ آلَتِهِ ﴾

وهذا بلا نزاع . لكن لو اختار الأخذ ، فالصحيح من المذهب : أنه يأخذ نصف قيمة بنائه . جزم به فى الوجيز ، والحاويين ، والمغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وعنه يدفع مايخصه كغرامة . لأنه نائبه معنى . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

فوائد

إحداها : إذا قلنا : يجبر على بنائه معه ، وهو المذهب ، وامتنع : أجبره الحاكم على ذلك . فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه . فإن لم يكن له عين مال باع من عروضه . فإن تعذر اقترض عليه .

و إن عمره شريكه بإذنه أو إذن حاكم رجع عليه . و إن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه .

وما أنفق ، إن تبرع به : لم يكن له الرجوع .

وإن نوى الرجوع به . فهل له الرجوع ؟ .

قال فى الشرح : يحتمل وجهين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه . انتهى .

قال فى الفروع : وفيه ـ بنية رجوعه على الأول ـ : الخلاف .

وإن بناه لنفسه بآلته ،فهو بينهما . وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة .

فإن أراد نقضه فله ذلك ، إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته . فلا يكون له نقضه .

الثانية : يجبر الشريك على العمارة مع شريكه فى الأملاك المشتركة ، على الصحيح من المذهب ، والروايتين . قاله فى الرعاية وغيرها . وعنه لا يجبر .

الثالثة : لو استهدم جدارهما ، أو خيف ضرره نقضاه . فإن أبى أحدهما أجبره الحاكم . فإن تعذر ضمن ماتلف به إذا أشهد على شريكه . وإلا فلا .

وقيل : بلى ، إن تقدم إليه بنقضه . وأيهما هدمه إذنْ بغير إذن صاحبه فهدر .

وقيل : يلزمه إعادته على صفته ، كما لو هدمه من غير حاجة إلى هدمه . واختاره ابن البنا .

ويأتى ذلك فى أواخر الغصب . فى كلام المصنف . ونبين الراجح فى المذهب هناك .

الرابعة : لو أراد بناء حائط بين ملكيهما : لم يجبر الممتنع منهما . ويبنى الطالب فى ملكه إن شاء . رواية واحدة . قاله المصنف ومن تابعه .

وقال فى الفائق : ولم يفرق بعض الأصحاب . اختاره شيخنا . يعنى به الشيخ تقي الدين رحمه الله .

الخامسة : لو اتفقا على بناء حائط مشترك بينهما نصفين ، على أن ثلثه لواحد وثلثيه لآخر : لم يصح .

وإن اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ماشاء : لم يصح لجهالته . وإن

وصفا الحمل ، ففي الصحة وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الـكبرى .

قال فى المغنى ، والشرح : وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين : صح .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أو بِئْرٌ ، أو دُولابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، وَاحْتَاجَ إِلَى عِمَارَةٍ . فَفِي إِجْبَارِ الْمُمْتَنِـعِ : روايتان ﴾ .

إحداهما : يجبر . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى التصحيح ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

الثانية : لا يجبر .

واعلم أن الحـكم هنا والخلاف كالخلاف فى الحائط المشترك إذا انهدم ، على ماتقدم ، نقلا ومذهباً وتفصيلا . قاله أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، والمصنف ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال ابن أبى موسى : يجبر هنا قولا واحداً . وحكى الروايتين فى الحائط .

قال فى القواعد : والفرق أن الحائط يمكن قسمته ، بخلاف القناة والبئر .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا مَنْعُ صاحِبِهِ من عِمَارَتِهِ ﴾

بلا نزاع .

قوله ﴿ فإذا عَمَّرَهُ فَالْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرِكَة ﴾ .

هذا المذهب . لأن المـاء باقٍ على ما كان عليه من الملك والإباحة . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى ، والشرح، وصاحب التلخيص ، والفروع ، وغيرهم . وفى الخلاف الـكبير للقاضى ، والتمام لأبى الحسين : له المنع من الانتفاع بالقناة .

قال فى القواعد : ويشهد له نص الإمام أحمد رحمه الله بالمنع من سكنى السفل

إذا بناه صاحب العلو . ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط إذا أعيد بآلته العتيقة .

قلت : وهو الصواب .

فوائد

الأولى : لو اتفقا على بناء حائط بستان ، فبنى أحدهما . فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر : يضمنه الذى أهمل . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

الثانية : لو كان السفل لواحد والعلو لآخر ، فالسقف بينهما ، لا لصاحب العلو . على الصحيح من المذهب .

والإجبار — إذا انهدم السقف — كما تقدم فى الحائط الذى بينهما إذا انهدم .

ولو انهدم الجميع ، فلرب العلو إجبار صاحب السفل على بنائه . على الصحيح من المذهب .

قال فى البلغة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والفائق : أجبر فى أصح الروايتين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الحاويين . وقدمه ابن رزين ، والقواعد .

وعنه لايجبر . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

فعلى المذهب : هل ينفرد صاحب السفل ببناء السفل ، أو يشركه فيه صاحب العلو ، ويجبر عليه إذا طلبه صاحب السفل ؟ فيه روايتان . وأطلقهما فى المستوعب ، والتلخيص ، والفائق ، والقواعد .

إحداهما : ينفرد صاحب السفل بالبناء إلى حده . وينفرد صاحب العلو ببنائه . وهو المذهب . قدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

والثانية : يشركه صاحب العلو فيما يحمله منه . ويجبر عليه إذا امتنع .

وعلى الثانية : فى أصل المسألة — وهو أنه لايجبر — لصاحب العلو بناء السفل ، وفى منعه السكنى : ماسلف من الخلاف فيما إذا كان بينهما حائط .

الثالثة : لو كان بينهما طبقة ثالثة ، فهل يشترك الثلاثة فى بناء السفل ، والاثنان فى بناء الوسط ؟ فيه الروايتان المتقدمتان حكما ومذهباً .

وكذا الطبقة الرابعة فأكثر . وصاحب الوسط مع من فوقه كمن تحته معه .

قال فى الفروع : إذا كانوا ثلاث طباق . فإن بنى رب العلو ، ففى منع رب السفل الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة : احتمالان .

قلت : الأولى : المنع . والله أعلم .

وهو ظاهر ماقطع به فى الرعاية الكبرى .

كتاب الحجر

فائدتان

إحداهما : « حجر الفلس » عبارة عن منع الحاكم من عليه دين حالّ يعجز عنه ماله الموجود مدة الحجر من التصرف فيه .

الثانية قوله ﴿ وَهُو عَلَى ضَرْبَيْنِ : حَجْرٌ لحَقِّ الغَير ﴾

وحجر لحظ نفسه .

فالحجر لحق الغير : كالحجر على المفلس ، والمريض بما زاد على الثلث ، والعبد . والمكاتب ، والمشترى إذا كان الثمن فى البلد ، على ما تقدم فى كلام المصنف فى آخر فصل خيار التولية .

والمشترى بعد طلب شفيع . والمرتد يحجر عليه لحق المسلمين ، والراهن والزوجة بما زاد على الثلث فى التبرع . على مايأتى فى الباب .

والحجر لحظ نفسه : كالحجر على الصغير والمجنون ، والسفيه .

فهذه عشرة أسباب للحجر .

وقال فى الفروع : ولا يحجر حاكم على مقتر على نفسه وعياله .

واختار الأزجى : بلى . فيكون هذا سبباً آخر ، على قوله .

تنبيه : قوله ﴿ فَإِنْ أرادَ سَفَراً يَحِلُّ الدَّيْنَ قَبلَ مُدَّتِهِ : فَلِغَرِيمِهِ مَنْعُهُ ، إلاَّ أنْ يُوثِّقَه بِرَهْنٍ ، أوْ كَفِيل ﴾ .

بلا نزاع . لكن من شرط الكفيل : أن يكون مليئاً . ذكره الأصحاب . وهو واضح .

قوله ﴿ وَإنْ كَانَ لاَ يَحِلُّ قبلَهُ : فَفِي مَنْعِهِ رِوَايَتَان ﴾

وأطلقهما فى المغنى ، وخصال ابن البنا ، والشرح ، والفائق ، والحاوى ، والزركشى ، وغيرهم .

إحداهما : له منعه . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : فله منعه على الأصح . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى البلغة ، والوجيز ، والمنور . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المحرر .

قال فى المذهب : منع فى ظاهر المذهب .

والثانية : ليس له منعه . وهو ظاهر كلام الخرقى ، والعمدة . واختاره القاضى . وقدمه فى الخلاصة ، والهداية ، والتلخيص ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الروايتين فى السفر ، سواء كان مخوفاً أو غير مخوف . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والكافى ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . ولعله الصواب .

ومحلهما ـ عند صاحب الفروع ـ إذا كان السفر مخوفاً . كالجهاد ونحوه .

وحكى فى السفر غير المخوف وجهين .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : فإن أراد سفراً مدة قبل أجل الدين ، جاز كالجهاد .

وأدخل صاحب الواضح فى السفر المخوف : الحج .

ومحلهما عند المصنف فى المغنى ، وابن البنا ، وصاحب التلخيص ، والبلغة ،

والمحرر ، والنظم ، والشرح ، والحاوى الـكبير ، والفائق ، والزركشى : فى غير الجهاد .

فأما فى الجهاد : فيمنع ، حتى يوثقه برهن أو ضمين ، على رواية واحدة .

وظاهر كلامه فى الرعاية الـكبرى : أن محل الخلاف فى غير الجهاد . وأن الجهاد لايمنع منه قولاً واحداً . لأنه قال : ومن عليه دين مؤجل ، فله السفر دون أجله .

وعنه لايسافر غير مجاهد ، حتى يأتى برهن أو ضمين .

وتقدم كلامه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . فإن ظاهره كذلك .

فلعلهما أرادا إذا تعين عليه ، وإلا فبعيد .

وقد تقدم فى أول كتاب الجهاد : أنه لايجاهد من عليه دين لا وفاء له إلا بإذن غريمه . على الصحيح . وذكرنا هناك الخلاف ، وأن لنا قولا : لايستأذنه فى الجهاد إذا كان الدين مؤجلاً ، وقولا : إذا كان المديون جندياً موثوقاً به لايستأذنه . ويستأذنه غيره .

ومحلهما ــ عند المصنف أيضاً . والشارح ، وجماعة ــ : إذا كان السفر طويلا . لأنهم عللوا رواية عدم المنع . فقالوا : لأن هذا السفر ليس بأمارة على منع الحق فى محله . فلم يملك منعه منه . كالسفر القصير . ولعله أولى .

فهذه ست طرق فى محل الخلاف .

فائدتان

إحداهما : اختار الشيخ تقى الدين رحمه الله أن من أراد سفراً ، وهو عاجز عن وفاء دينه : أن لغريمه منعه حتى يقيم كفيلا ببدنه .

قال فى الفروع : وهو متجه .

قلت : من قواعد المذهب : أن العاجز عن وفاء دينه ، إذا كان له حرفة : يلزم بإيجار نفسه لقضاء الدين . فلا يبعد أن يمنع ليعمل .

الثانية : لو طلب منه دين حال يقدر على وفائه ، فسافر قبل وفائه : لم يجز له أن يترخص ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : يجوز .

وإن لم يطلب منه الدين الحال ، أو يحل فى سفره ، فقيل : له القصر والترخص ، لئلا يحبس قبل ظلمه ، كحبس الحاكم .

وقيل : لايجوز له ذلك إلا أن يوكل فى قضائه ، لئلا يمنع به واجباً .

ذكر هذين الوجهين ابن عقيل . وأطلقهما فى القاعدة الثالثة والخمسين . وأطلقهما ابن تميم فى باب قصر الصلاة . وكذا ابن حمدان .

وقيل : إن سافر وكيل فى القضاء : لم يترخص .

قلت : يحتمل أن يبنى الخلاف هنا على الخلاف فى وجوب الدفع قبل الطلب وعدمه ، على ماتقدم فى آخر باب القرض .

والمذهب : لايجب قبل الطلب . فله القصر . وأطلقهن فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ حَالاًّ ، وَلَهُ مَالٌ يَفِي بِهِ : لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ . وَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِوَفَائِه . فَإِنْ أَبَى حَبَسَهُ ﴾

القول بالحبس : اختاره جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وعليه العمل . وهو الصواب . ولا تخلص الحقوق فى هذه الأزمنة غالباً إلا به ، وبما هو أشد منه .

وقال ابن هبيرة فى الإفصاح : أول من حبس على الدين : شُريح القاضى . ومضت السنة فى عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلى رضى الله عنهم : أنه لايحبس على الديون ، لكن يتلازم الخصمان .

وأما الحبس الآن على الدين : فلا أعلم أنه يجوز عند أحد من المسلمين .

وتكلم على ذلك وأطال . ذكره فى الفروع والطبقات .

فائدة : إذا حبس فليس للحاكم إخراجه حتى يتبين له أمره ، أو يبرئه غريمه أو يرضى بإخراجه .

فإذا تبين أمره : لم يسع الحاكم حبسه ، ولو لم يرض غريمه . لأنه ظلم محض .

قوله ﴿ فَإِنْ أَصَرَّ : بَاعَ مَالَهُ . وَقَضَى دَيْنَه ﴾

إذا أصر على الحبس ، فقال المصنف هنا : يبيع الحاكم ماله . ويقضى دينه ، من غير ضرب .

قال فى الفائق : أبى الضربَ الأكثرون .

وقال جماعة من الأصحاب : إذا أصر على الحبس ، وصبر عليه : ضربه الحاكم نقله حنبل . ذكره عنه فى المنتخب وغيره .

قال فى الفصول وغيره : يحبسه . فإن أبى عزره .

قال : ويكرر حبسه وتعزيره حتى يقضيه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : نص عليه الأئمة من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله وغيرهم . ولا أعلم فيه نزاعاً ، لكن لايزاد فى كل يوم على أكثر التعزير ، إن قيل بتقديره . انتهى .

فائدتان

إحداهما : متى باع الحاكم عليه . فقال فى الفروع : ذكر جماعة أنه يحبس . فإن لم يقضه باع الحاكم وقضاه .

فظاهره : يجب على الحاكم بيعه .

نقل حنبل : إذا تقاعد بحقوق الناس : يباع عليه ، ويقضى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لايلزمه أن يبيع عليه .

وقال أيضاً : من طولب بأداء حق عليه ، فطلب إمهالا : أمهل بقدر ذلك اتفاقاً . لكن إن خاف غريمه منه : احتاط عليه بملازمة ، أو كفيل ، أو ترسيم عليه .

الثانية : لو مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية ، فما غرمه بسبب ذلك يلزم المماطل . جزم به فى الفروع . وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً .

قلت : ونظير ذلك : ماذكره المصنف والأصحاب في باب استيفاء القصاص في أثناء فصل « ولا يستوفى القصاص إلا بحضرة السلطان » .

ثم قال : و إلا أمر بالتوكيل . و إن احتاج إلى أجرة فمن مال الجانى . وكذا أجرة القطع في السرقة على السارق .

وقال في الرعاية الكبرى – في باب من الدعاوى – : و إن أحضر المدعى به ، ولم يثبت للمدعى : لزمه مؤنة إحضاره ورده ، و إلا لزما المنكر .

وتقدم كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله في الضمان : إذا تغيب المضمون عنه حتى غرم الضامن شيئاً بسببه ، أو أنفقه في الحبس : أنه يرجع به على المضمون عنه .

وقال أيضاً : لو غرم بسبب كذب عليه عند ولىّ الأمر : رجع به على الكاذب ذكره عنه في الفروع في أوائل الفصل الأول من كتاب الغصب .

قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَى الإِعْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عِوَضٍ – كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ – أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ : حُبِسَ ، إلاَّ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى نَفَادِ مَالِهِ ، أَوْ إعْسَارِهِ . وَهَلْ يَحْلِفُ مَعَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

إذا ادعى الإعسار ، فلا يخلو : إما أن يكون دينه عن عوض ، أو يعرف له مال سابق ، أو غير ذلك .

فإن كان دينه عن عوض ، كالبيع والقرض ونحوهما . والغالب بقاؤه . أو عن غير مال – كالضمان ونحوه – وأقر أنه ملىء . أو عرف له مال سابق : لم يقبل قوله إلا ببينة .

ثم إن البينة لاتخلو : إما أن تشهد بنفاد ماله ، أو إعساره . فإن شهدت بنفاد ماله أو تلفه : حلف معها . على الصحيح من المذهب : أن لامال له في الباطن .

قال في الفروع ، والرعاية الكبرى : و يحلف معها على الأصح .

قال في الفائق : حلف معها . في أصح الوجهين . وجزم به في الكافى ،

والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، والمنور . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

والوجه الثانى : لا يحلف مع بينة هنا .

وإن شهدت بإعساره فلا بُدَّ أن تكون البينة ممن يخبر باطن حاله . لأنها شهادة على نفى . قبلت للحاجة . ولا يحلف معها . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى الرعاية الكبرى ، والفروع : ولم يحلف معها ، على الأصح . لئلا يكون مكذباً لبينته . وجزم به فى الكافى ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق . وقدمه فى التلخيص ، والشرح .

والوجه الثانى : يحلف معها .

وذكر ابن أبى موسى ، عن بعض الأصحاب : أنه يحلف مع بينته : أنه معسر . لأنها تشهد بالظاهر .

فوائد

إحداها : يكتفى فى البينة أن تشهد بالتلف ، أو بالإعسار ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا المحقق . وفاقاً للمجد وغيره .

قلت : وجزم به المصنف ، وصاحب الفروع .

وجزم فى التلخيص : أنه لا يكتفى فى الشهادة بالإعسار ، بل لابد من الشهادة بالتلف والإعسار معاً .

وكذا قال فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، فإنهم قالوا : نشهد بذهابه وإعساره ، لا أنه لا يملك شيئاً .

الثانية : تسمع بينة إعساره ونحوها قبل حبسه وبعده ، ولو بيوم . قاله الأصحاب .

الثالثة : إذا لم يكن لمدعى الإعسار بينة ـ والحالة ما تقدم ـ كان القول قول غريمه مع يمينه : أنه لايعلم عسرته بدينه . وكان له حبسه وملازمته . قاله فى الكافى والتلخيص ، والزركشى ، وغيرهم .

وقال فى الترغيب : إن حلف أنه قادر : حبسه . و إلا حلف المنكر عليهما . وخلى .

ونقل حنبل : يحبس إن علم له مايقضى .

وفى المستوعب : إن عرف بمال ، أو أقر أنه ملىء به ، وحلف غريمه أنه لا يعلم عسرته : حبس .

وفى الرعاية : يحلف أنه موسر بدينه ، ولا يعلم إعساره به .

وفى المغنى ، والشرح : إذا حلف أنه ذو مال : حبس .

وقال فى الفروع : وظاهر كلام جماعة : أنه لا يحلف إلا أن يدعى المديون تلفاً أو إعساراً ، أو يسأل سؤاله . فتكون دعوى مستقلة . فإن كان له ببقاء ماله أو قدرته : بينة . فلا كلام . و إلا فيمين صاحب الحق بحسب جواب المديون كسائر الدعاوى .

قال فى الفروع : وهذا أظهر . وهو مرادهم . لأنه ادعى الإعسار ، وأنه يعلم ذلك ، وأنكره . انتهى .

وحيث قلنا : يحلف صاحب الحق وأبى : حلف الآخر وخلى سبيله .

الرابعة : يكتفى فى البينة هنا باثنين . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه لا يكفى أقل من ثلاثة . كمن يريد أخذ الزكاة ، وكان معروفاً بالغنى ، وادعى الفقر . على ماتقدم فى أواخر باب ذكر أهل الزكاة .

قوله ﴿ فإنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ : حَلَفَ وَخُلِّى سَبِيلُهُ ﴾ .

أى و إن ادعى الإعسار ، ولم يعرف له مال سابق ، ودينه عن غير عوض ،

لم يقر بالملاءة به ، أو عرف له مال سابق والغالب ذهابه . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : هذا المعروف فى المذهب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال فى الترغيب : يحبس إلى ظهور إعساره .

وقال فى البلغة : يحبس إلى أن يثبت إعساره .

وظاهر كلام الخرقى : أن حكمه حكم من عرف بمال ، أو كان دينه عن عوض . كما تقدم .

فائدتان

إحداهما : لو قامت بينة للمفلس بمال معين ، فأنكر ، ولم يقر به لأحد . أو قال « هو لزيد » فكذبه زيد : قضى دين المفلس منه .

وإن صدقه زيد ، فهل يقضى دين المفلس منه ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يقضى منه . ويكون لزيد مع يمينه . لاحتمال التواطؤ . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين ، والنظم .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن أقر أنه لزيد مضاربة . قُبل قوله مع يمينه إن صدقه زيد ، أو كان غائباً .

والثانى : يقضى منه دينه .

وعلى الوجهين : لا يثبت الملك للمدين . لأنه لا يدعيه .

قال فى الفروع : فظاهر هذا : أن البينة هنا لا يعتبر لها تقدم دعوى .

وإن كان للمقر له المصدق بينة . قدمت لإقرار رب اليد .

وفى المنتخب : بينة المدعى . لأنها خارجة .

الثانية : يحرم على المعسر أن يحلف أنه لاحق عليه ويتأول . نص عليه .
جزم به فى الفروع وغيره .

قلت : لو قيل بجوازه . إذا تحقق ظلم رب الحق له وحبسه ومنعه من القيام على عياله : لكان له وجه .

قوله ﴿ وإنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لاَيَفِي بِدَيْنِهِ . وَسَأَلَ غُرَمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحجْرَ عَلَيْهِ : لَزِمَهُ إِجَابَتُهُم ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله إن ضاق ماله عن ديونه ، صار محجوراً عليه بغير حكم حاكم . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

ويأتى معنى ذلك قريباً .

تنبيهات

أحدها : قوله « وإن كان له مال لا يفى بدينه » هكذا عبارة أكثر الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى : ومن له دون ما عليه من دين حال ، أو قدره ، ولا كسب له ، ولا ما ينفق منه غيره . أو خيف تصرفه فيه .

الثانى : ظاهر قوله « فسأل غرماؤه الحجر » أنه لو سأله البعض الحجر عليه : لم يلزمه إجابتهم . وهو ظاهر المغنى ، والمستوعب ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى ، وجماعة . وهو أحد الوجهين . وقدمه فى الرعايتين ، والفائق ، والزركشى

الوجه الثانى : يلزمه إجابتهم أيضاً . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لزم الحجر عليه بطلب غرمائه . والأصح : أو بعضهم .

قال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، والتلخيص ، والبلغة . وهو الصواب .

الثالث : ظاهر كلامه أيضاً : أن المعسر لو طلب الحجر على نفسه من الحاكم لا يلزمه إجابته إلى ذلك . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وقال فى المستوعب : إن زاد دينه على المال ـ وقيل : أو طلب المفلس الحجر من الحاكم ـ لزمه .

وقال فى الرعاية الكبرى : و إن طلبه المفلس وحده : احتمل وجهين .

قال فى تجريد العناية : و بسؤاله فى وجهه .

قوله ﴿ وَيَتَعَلَّقُ بِالحَجْرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ

أَحَدُهَا : تَعَلُّقُ حَقِّ الغُرَماءِ بِمَالِهِ . فَلاَ يُقْبَلُ إقْرَارُهُ عَلَيْهِ . وَلاَ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ إلاّ بالعِتْقِ على إحدى الروايتين ﴾ .

اعلم أنه إذا كان عليه دين أكثر من ماله ، وتصرف . فلا يخلو : إما أن يكون تصرفه قبل الحجر عليه أو بعده .

فإن كان قبل الحجر عليه : صح تصرفه ، على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ولو استغرق جميع ماله ، حتى قال فى المستوعب وغيره : لايختلف المذهب فى ذلك .

وقيل . لاينفذ تصرفه . ذكره الشيخ تقى الدين ، وحكاه رواية . واختاره .

وسأله جعفر : من عليه دين يتصدق بشىء ؟ قال : الشىء اليسير . وقضاء دينه أوجب عليه .

قلت : وهذا القول هو الصواب ، خصوصاً وقد كثرت حيل الناس . وجزم به فى القاعدة الثالثة والخمسين .

وقال : المفلس إذا طلب البائع منه سلعته التى يرجع بها قبل الحجر : لم ينفذ تصرفه . نص عليه .

وذكر فى ذلك ثلاث نصوص ، لكن ذلك مخصوص بمطالبة البائع .

وعنه له منع ابنه من التصرف فى ماله بما يضره .

ونقل حنبل — فيمن تصدق وأبواه فقيران — رد عليهما . لا لمن دونهما .

ونص فى رواية : على أن من أوصى لأجانب ، وله أقارب محتاجون : أن الوصية ترد عليهم .

قال فى القاعدة الحادية عشر : فيخرج من ذلك : أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث أو دين ، وليس له وفاء : أنه يرد . ولهذا يباع المدبر فى الدين خاصة على رواية .

ونقل ابن منصور — فيمن تصدق عند موته بماله كله — قال : هذا مردود ، ولو كان فى حياته : لم أجوز إذا كان له ولد .

فعلى المذهب : يحرم عليه التصرف إن أضر بغريمه . ذكره الأدمى البغدادى ، واقتصر عليه فى الفروع . وهو حسن .

وإن تصرف بعد الحجر عليه ، فلا يخلو : إما أن يتصرف بالعتق أو بغيره .

فإن تصرف بالعتق فأطلق المصنف فى صحة عتقه روايتين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، وغيرهم .

إحداهما : لا يصح . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، والزركشى فى كتاب العتق : هذا أصح .

واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى وغيرهم . وصححه فى التصحيح ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق ، وإدراك الغاية .

والرواية الثانية : يصح . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، والشريف . قاله الزركشى .

قال فى الرعاية الـكبرى : يصح عتقه على الأقيس .

وإن تصرف بغير العتق ، فلا يخلو : إما أن يكون بتدبير رقيقه أو غيره .

فإن كان بالتدبير : صح ، بلا نزاع أعلمه .

وإن كان بغيره ، فلا يخلو : إما أن يكون بالشىء اليسير . أو غيره .

فإن كان بالشىء اليسير : لم ينفذ تصرفه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وفى المستوعب ، والرعاية : يصح تصرفه بالصدقة فى الشىء اليسير . زاد فى الرعاية : بشرط أن لايضر .

قلت : إذا كانت العادة مما جرت به ، ويتسامح بمثله : فيبغى أن يصح تصرفه فيه بلا خلاف .

وفى الرعاية وغيرها : تصح وصيته . بشرط أن لايضر بماله . انتهى .

وإن كان تصرفه بغير اليسير : لم يصح تصرفه ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

ونقل موسى بن سعيد : إن تصرف قبل طلب رب العين لها : جاز ، لابعده .

فائدتان

إحداهما : لو باع ماله لغريم بكل الدين الذى عليه ، ففى صحته وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية : يحتمل وجهين .

أحدهما : يصح لرضاهما به . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

والوجه الثانى : لايصح . لاحتمال ظهور غريم آخر .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : يملك رد معيب اشتراه قبل الحجر . ويملك الرد بخيار غير متقيد

بالأحظ ، على الصحيح من المذهب .

قال فى التلخيص : ولا يتقيد بالأحظ على الأظهر .

قال فى الفائق : هذا أصح الوجهين . وهو ظاهر ماجزم به فى الحاويين ، والرعاية الصغرى ، فإنهما قالا : وله رد ما اشتراه قبل الحجر بعيب ، أو خيار . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الـكبرى .

قال الزركشى : وهو المشهور . وجزم به فى المغنى ، والشرح فى الثانية .

وقيل : إن كان فيه حظ نفذ تصرفه ، و إلا فلا .

قال فى التلخيص : وهو قياس المذهب .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ أَوْ ضَمَانٍ ،أَوْ إِقْرَارٍ : صَحَّ . وَيُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ عَنْهُ ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . فلا يشاركون من كان دينه قبل الحجر .

وفى المبهج : فى جاهل به وجهان .

وعنه يصح إقراره إن أضافه إلى ما قبل الحجر ، أو أَدَّانَهُ عامل قبل قراضه . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى الرعاية : و يحتمل أن يشاركهم من أقر له بدين لزمه قبل الحجر .

وقال أيضاً : و إن أقر بمال معين ، أو عين : احتمل وجهين .

وتقدم نقل موسى بن سعيد .

وتقدم فى باب الضمان : أن صاحب التبصرة حكى رواية بعدم صحة ضمانه .

قال فى الفروع : و يتوجه عليها عدم صحة تصرفه فى ذمته . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلامه : أن من عامله بعد الحجر لا يرجع بعين ماله ، وهو أحد الوجهين .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقدمه فى الرعاية الـكبرى .

وقيل : يرجع أيضاً . وأطلقهما فى الفائق .

وقيل : يرجع مع جهله الحجر . قاله الزركشى . وهو حسن . وهذا الأخير المذهب . وقدمه فى الفروع وغيره .

قوله ﴿ الثانى : أنَّ مَنْ وَجَدَ عِنْدَهُ عَيْناً بَاعَهَا إِيَّاهُ . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُفْلِسُ حَيًّا ، وَلَمْ يَنْقُدْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئاً ، وَالسِّلْعَةُ بِحَالِهَا . لَمْ يَتْلَفْ بَعْضُهَا ، وَلَمْ تَتَغَيَّرْ صِفَتُهَا بِمَا يُزِيلُ اسْمَهَا ، كَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وَخَبْزِ الدقيق . وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ : مِنْ شُفْعَةٍ ، أَوْ جِنَايَةٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، وَنَحْوِهِ ، وَلَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً : كَالسِّمَنِ ، وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ﴾

ذكر المصنف لاختصاص رب العين المباعة الموجودة بعد الحجر فى المحجور عليه شروطاً .

منها : أن يكون المفلس حياً . فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء مطلقا . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : ذلك إذا مات قبل الحجر .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن رب العين لو مات كان لورثته أخذ السلعة ، كما لو كان صاحبها حياً . وهو صحيح . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع ، وظاهر كلام أكثر الأصحاب ، منهم صاحب الحاويين .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الشيخين ــ المصنف ، والمجد ــ لعدم اشتراطهم ذلك .

وقال فى الترغيب ، والرعاية الكبرى : فلربه دون ورثته ــ على الأصح ــ أخذه . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفائق ، والزركشى .

وقال فى التلخيص : من الشروط : أن يكون البائع حيا ، إذ لا رجوع للورثة . للحديث .

وحكى أبو الحسن الآمدى رواية أخرى : أنهم يرجعون . انتهى .

ومنها : أن لا يكون نقد من ثمنها شيئاً . فإن كان نقد منه شيئاً كان أسوة الغرماء ، لا أعلم فيه خلافا .

ومنها : أن تكون السلعة بحالها لم يتلف بعضها . وكذا لم يزل ملكه عن بعضها ببيع أو هبة أو وقف ، أو غير ذلك . إن كان عينا واحدة .

وإن كان المبيع عينين ـ كعبدين ، أو ثوبين ونحوهما ـ فتلف أحدهما أو نقص ونحوه : رجع فى العين الأخرى . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المنور . ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين .

وعنه : له أسوة الغرماء . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وجماعة . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وجزم به فى الإرشاد . وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والتلخيص ، والمستوعب . والشرح ، والفائق ، والزركشى .

وقال : ولعل مبناهما أن العقد : هل يتعدد بتعدد المبيع أم لا ؟ وحكم انتقال البعض ببيع ونحوه حكم التلف . انتهى .

قلت : تقدم فى كتاب البيع بعد قوله « وإذا جمع بين كتابة وبيع » أن الصفقة تتعدد بتعدد المبيع ، على الصحيح .

تنبيه : من جملة صور تلف البعض : إذا استأجر أرضاً للزرع . فأفلس بعد مضى مدة لمثلها أجرة ، تنزيلا للمدة منزلة المبيع ، ومضى بعضها بمنزلة تلف بعضها . وهذا المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم .

وقال القاضى ، وصاحب التلخيص : له الرجوع . وهل يلزمه تبقية زرع المفلس ؟ فيه وجهان وأطلقهما الزركشى بأجرة المثل .

ثم هل يُضرب بها له مع الغرماء ؟ اختاره القاضى ، أو يقدم بها عليهم ؟ قاله فى التلخيص .

فوائد

إحداها : لو وطىء البكر : امتنع الرجوع ، على الصحيح من المذهب . اختاره أبو بكر وغيره . وجزم به فى التلخيص ، والمستوعب ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين .

وقيل : لا يمتنع . اختاره القاضى . وأطلقهما فى الفائق .

وكذا الحكم إذا جرح العبد .

فعلى المذهب : لا يرجع ، وعلى قول القاضى : يرجع .

فإن كان مما لا أرش له ، كالحاصل بفعل الله تعالى ، أو فعل بهيمة ، أو جناية المفلس ، أو عبده ، أو جناية العبد على نفسه : فلا أرش له مع الرجوع .

وإن كان الجراح موجبا للأرش ـ كجناية الأجنبى ـ فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن .

وعلى المذهب أيضاً : لو وطىء الثيب كان له الرجوع . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن رزين وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الرعاية الكبرى : فله الرجوع فى الأصح ، إذا لم تحمل .

وفيه وجه آخر : يمتنع الرجوع . ذكره ابن أبى موسى . وأطلقهما فى التلخيص ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

الثانية : لا يمنع الأخذ تزويج الأمة . فإذا أخذها البائع بطل النكاح فى الأقيس . قاله فى الرعاية الكبرى .

قلت : الصواب عدم البطلان .

الثالثة : لو خرجت السلعة عن ملكه قبل الحجر ، ورجعت بعد الحجر ، فقيل: له الرجوع . قال الناظم : عاد الرجوع على القوى .

قال فى التلخيص : هى كعود الموهوب إلى الابن بعد زواله . هل للأب الرجوع أم لا ؟ .

قلت : الصحيح من المذهب : أن له الرجوع . على ما يأتى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقيل : ليس له الرجوع مطلقا .

وقيل : إن عادت إليه بسبب جديد ـ كبيع وهبة وإرث ، ووصية ـ لم يرجع . وإن عادت إليه بفسخ ـ كالإقالة ، والرد بالعيب والخيار ونحوه ـ فله الرجوع

ويأتى فى الهبة نظير ذلك فى رجوع الأب إذا رجع إلى الابن بعد وفاته . والصحيح من ذلك . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والزركشى ، والقواعد الفقهية .

وأطلق الوجهين الأولين فى الكافى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وحيث قلنا : له الرجوع : لو اشتراها ، ثم باعها ، ثم اشتراها . فقيل : يختص بها البائع الأول ، لسبقه .

وقيل : يقرع بينه وبين البائع الثانى . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : بقاء صفة السلعة . فلو تغيرت بما يزيل اسمها ـ كنسج الغزل ، وخبز الدقيق ، وطحن الحنطه ، وعمل الزيت صابوناً ، أو قطع الثوب قميصاً ، أو نجر الخشب أبواباً ، أو عمل الشريط أبَراً ، أو نحو ذلك ـ امتنع الرجوع . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقال فى الموجز : إن أحدث صنعة ـ كنسج غزل ، وعمل الدهن صابوناً ـ فروايتان .

وقال فى التبصرة : لا يأخذه .

وعنه : بلى ، و يشاركه المفلس فى الزيادة .

وقال فى الرعاية الكبرى ـ من عنده ـ إن لم تزد قيمة الحب بطحنه ، والدقيق بخبزه ، والغزل بنسجه : رجع و إلا فلا .

فائدتان

إحداهما : لو كان حباً فصار زرعاً ، أو بالعكس ، أو نوًى فنبت شجراً ، أو بيضاً فصار فرخاً : سقط الرجوع . على الصحيح من المذهب .

وقال القاضى : لا يمنع ذلك الرجوع . واختاره فى التلخيص . ورده فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو خلط المبيع أو بعضه بما لا يتميز منه . فقال المصنف ، والشارح وغيرهما : سقط حقه من الرجوع . لأنه لم يجد عين ماله . وهو المذهب . قطع به فى التبصرة .

وقال الزركشى ، وقد يقال : ينبنى على الوجهين فى أن الخلط : هل هو بمنزلة الإتلاف أم لا ؟ ولا نسلم أنه لم يجد عين ماله . بل وجده حكما . انتهى .

قلت : الصحيح من المذهب : أن الخلط ليس بإتلاف . و إنما هو اشتراك على ما يأتى فى كلام المصنف فى باب الغصب فى قوله « و إن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز » .

ومنها : أن لا يتعلق بها حق شفعة . فإن تعلق بها حق شفعة : امتنع الرجوع ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب . والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والحاويين ، والوجيز ، والرعايتين ، فى موضع ، وغيرهم . وقدمه فى الفائق .

قال فى الفروع : فله أسوة الغرماء فى الأصح .

وقيل : لا يمتنع الرجوع . اختاره ابن حامد .

وقال فى الكبرى ، فى موضع آخر : وإن اشترى شقصاً مشفوعاً فلبائعه الرجوع .

وقيل : الشفيع أحق به .

وقيل : إن طالب الشفيع : امتنع ، وإلا فلا . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، والزركشى .

ومنها : أن لا يتعلق بها حق رهن . فإن تعلق بها حق رهن : امتنع الرجوع . لا أعلم فيه خلافاً .

لكن إذا كان الرهن أكثر من الدين ، فما فضل منه : رد على المال . وليس لبائعه الرجوع فى الفاضل ، على الصحيح من المذهب .

ويأتى قريباً فى كلام المصنف مجزوماً به .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى : له الرجوع . لأنه عين ماله .

قال المصنف ، والشارح : وما ذكره القاضى لا يخرج على المذهب . لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع . فكذلك ذهاب بعضه بالبيع . انتهى .

فلو كان المبيع عينين ، فرهن أحدهما . فهل يملك البائع الرجوع فى الأخرى ؟ على وجهين . بناء على الروايتين فيما إذا تلف أحد العينين ، على ماتقدم . وقد علمت أن المذهب : له الرجوع هناك . فكذا هنا .

فائدة : لو مات الراهن ، وضاقت التركة عن الديون : قدم المرتهن برهنه ، على الصحيح من المذهب . ونص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه هو أسوة الغرماء . نص عليه أيضاً . وأطلقهما الزركشى آخر الرهن .

ومنها :أن لايتعلق بها حق جناية ، بأن يشترى عبداً ، ثم يفلس بعد تعلق أرش الجناية برقبته . فيمتنع الرجوع . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، والفروع ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه فى الفائق ، والكافى .

وقيل : له الرجوع . لأنه حق لايمنع تصرف المشترى فيه ، بخلاف الرهن . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والزركشى .

فعلى المذهب : حكمه حكم الرهن .

وعلى الثانى : هو مخير ، إن شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية . وإن شاء ضرب بثمنه مع الغرماء ، فإن أبرأ الغريم من الجناية ، فللبائع الرجوع .

قال فى القاعدة السادسة عشر : لو تعلق بالعين المبيعة حق شفعة ، أو جناية ، أو رهن ، ثم أفلس . ثم أسقط المرتهن ، أو الشفيع ، أو المجنى عليه حقه : فالبائع أحق بها من الغرماء . لزوال المزاحمة ، على ظاهر كلام القاضى ، وابن عقيل . ذكره المجد فى شرحه .

ويتخرج فيه وجه آخر : أنه أسوة الغرماء . انتهى .

ومنها : أن لاتزيد زيادة متصلة . فإن زادت زيادة متصلة ــ كالسمن ، وتعلم صنعة ، كالكتابة والقرآن ونحوها ــ امتنع الرجوع : على الصحيح من المذهب . اختاره الخرقى ، والشيرازى . وقدمه فى المغنى ، والهادى ، والكافى ، والشرح ، والفروع . ونصره المصنف ، والشارح وردَّا غيره .

قال القاضى ، فى كتاب الهبة من خلافه : هو منصوص الإمام أحمد رحمه الله .

وعنه أن الزيادة لاتمنع الرجوع . نص عليه فى رواية الميمونى .

وقاله القاضى وأصحابه ، وابن أبى موسى . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقدمه فى النظم ، والفائق ، والرعايتين ، والهداية ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، و إدراك الغاية ، وشرح ابن رزين وقال : وهو القياس .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا ظاهر المذهب ، ولعله المذهب . لأنه المنصوص . وعليه الأكثر .

فعليها : يأخذها بزيادتها . وأطلقهما ابن البنا فى الخصال ، وصاحب الحاويين .

قوله ﴿ فَأَمَّا الزِيادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ : فَلاَ تَمنَعُ الرُجُوعَ ﴾

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال المصنف ، والشارح : لاتمنع الرجوع ، بغير خلاف بين أصحابنا .

وذكر فى الإرشاد والتبصرة ، والموجز ، فى منع المنفصلة من الرجوع : روايتين .

وعند أبى موسى : يمنع الولد الرجوع فى أمه .

فائدة : لو كان حملا عند البيع ، أو عند الرجوع : فوجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى التلخيص ، والرعاية الكبرى : إن كان حملا عند البيع والرجوع : لم يمنع الرجوع كالسمن . و إن كان حملا عند البيع ، منفصلاً عند الرجوع : فوجهان . وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

ومع الرجوع لا أرش ، على الأظهر .

و إن كانت حائلا عند البيع ، حاملا عند الرجوع . فقال فى الكبرى : فوجهان .

وقال فى التلخيص : هو كالسمن ، والأظهر : يتبع فى الرجوع كالبيع . انتهى .

وقال المصنف ، قال القاضى : إن اشتراها حاملا . وأفلس بعد وضعها : فله الرجوع فيهما مطلقاً .

قال المصنف : والصحيح أنا إذا قلنا : لا حكم للحمل . فهو زيادة منفصلة ، وإن قلنا : له حكم ـ وهو الصحيح ـ فإن كان هو والأم قد زادا بالوضع ، فزيادة متصلة . وإن لم يزيدا : جاز الرجوع فيهما .

وإن زاد أحدهما دون الآخر : خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين تلف بعض أحدهما على ماتقدم .

وإن كانت عند البيع حائلا ، وحاملا عند الرجوع ، وزادت قيمتها : فزيادة متصلة . وإن أفلس بعد الوضع فزيادة منفصلة .

وقال القاضي : إن وجدها حاملا : انبنى على أن الحمل : هل له حكم ، فيكون زيادة منفصلة ، يتربص به حتى تضع ، أولا حكم له ، كزيادة متصلة ؟ انتهى كلام المصنف ملخصاً .

قوله ﴿ وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ ﴾

هذا ظاهر كلام الخرقى ، واختيار ابن حامد ، والقاضى فى روايتيه ، والمجرد ، والشريف ، وأبى الخطاب فى خلافيهما ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف .

وقال : لاينبغى أن يكون فيه خلاف .

قال فى الكافى : هذا ظاهر المذهب .

قال الشارح : هذا أصح إن شاء الله . وجزم به فى الوجيز .

وعنه أنهـا للبائع . وهى المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى فى الجامع والخلاف ، وابن عقيل . وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

وهو ظاهر ماقدمه فى الهداية ، والمذهب . وأطلقهما الزركشى .

ويأتى نظير ذلك فى الهبة واللقطة .

فعلى الأول : إذا كانت الزيادة المنفصلة ولداً صغيراً : أجبر البائع على بذل

قيمته . وكذا إن كان كبيراً ، وقلنا : يحرم التفريق . فإن أبى بطل الرجوع فى أحد الوجهين .

وفى الوجه الآخر : يباعان ، ويصرف إليه ماخص الأم . قاله فى التلخيص .

وقال فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق . فلو كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة : فله أخذه بقيمته ، أو بيع الأم معه . وله قيمتها ذات ولد بغير ولد .

زاد فى الفائق : ويحتمل منع الرجوع فى الأم .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن لم يدفع قيمته فلا رجوع .

قوله ﴿ وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ قَصَّرَهُ : لَمْ يَمْنَع الرُّجُوعَ . وَالزِّيَادَة لِلْمُفْلِسِ ﴾ .

هـذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافى ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم . واختاره القاضى وغيره .

قال صاحب التلخيص وغيره : هذا المذهب .

قال المصنف ، والشارح : إذا صبغ الثوب ، أو لتَّ السويق بزيت . فقال أصحابنا : لبائع الثوب والسويق الرجوع فى أعيان أموالهما .

قال المصنف : ويحتمل أن لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة ، كسمن العبد .

وقالا : وإن قصر الثوب ، فإن لم تزد قيمته : فللبائع الرجوع فيه . وإن زادت : فليس له الرجوع فى قياس قول الخرقى .

وقال القاضى ، وأصحابه : له الرجوع . انتهيا .

وقال ابن أبى موسى : إذا زادت العين بقصارة ، أو صناعة ونحوها : امتنع الرجوع . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقال فى الفروع : وإن صبغه أو قصره . فله أسوة الغرماء فى وجه فيهما ، كنقصه بهما فى الأصح .

قال فى الفائق : وإن صبغ الثوب ، أو قصره : لم يمنع . ويشاركه المفلس فى الزيادة .

وقيل : لارجوع إن زادت القيمة .

وقال فى المستوعب : وإن كانت ثياباً فصبغها ، أو قصرها ، فذكر ابن أبى موسى : أنه يكون أسوة الغرماء .

وقال القاضى : لا يمنع الرجوع .

وقال فى الرعاية الكبرى : إن قصر الثوب ــ وقلنا : يرجع فى الأقيس ــ فزادت قيمته رجع فيه ربه فى الأصح . والزيادة للمفلس فى الأقيس . فله من الثوب بنسبة مازاد من قيمته .

وقيل : بل أجرة القصارة . إلا أن يتلف بيده . فيسقط .

وقيل : القصارة كالسمن . وفى أجرتها وجهان .

وإن لم تزد ولم تنقص : فله الرجوع ، أو مشاركة الغرماء .

وقال فى صبغ الثوب : وإن صبغه ، فزادت قيمته بقدر قيمة الصبغ : رجع البائع فى الأصح . وشارك المفلس فيه بقيمة صبغه . إلا أن يدفعها البائع . فإن أبى دفعها : أجبر على بيع حقه .

وإن نقصت عن قيمة الصبغ : فالنقص من المفلس ، وإن زادت قيمتها : فالزيادة ــ مع قيمة الصبغ ــ له .

وقيل : يشتركان منه بالنسبة .

وإن لم تزد قيمته : فلربه أخذه مجاناً ، أو يكون كالغرماء . وإن نقصت قيمته : لم يرجع فى الأقيس . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو كانت السلعة صبغاً فصبغ به ، أو زيتاً فلَتَّ به : فلا رجوع . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفائق : فلا رجوع فى أصح الوجهين . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الكافى ، وغيره .

قال القاضى : له الرجوع .

وجزم فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وغيرهم : بأنه إذا خلطه بمثله على وجه لايتميز : يمتنع الرجوع . كخلط الزيت والقمح ونحوهما بمثله .

الثانية : لو كان الثوب والصبغ من واحد . قال المصنف ، والشارح : قال أصحابنا : هو كما لو كان الصبغ من غير بائع الثوب .

فعلى قولهم : يرجع فى الثوب وحده . ويكون المفلس شريكاً بزيادة الصبغ . ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ .

قال : ويحتمل أن يرجع فيهما هٰهنا ، كما لو اشترى دفوفاً ومسامير من واحد فسمرها به . فإنه يرجع فيهما .

قوله ﴿ فَإِنْ غَرَسَ الْأَرْضَ ، أَوْ بَنَى فِيهَا . فَلَهُ الرُّجُوعُ ، وَدَفْعُ قِيمَةِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ . فَيَمْلِكُهُ ، إلاَّ أَنْ يَخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ الْقَلْعَ وَمُشَارَكَتَهُ بِالنَّقْصِ ﴾ .

إذا اتفقا على قلع الغرس والبناء فلهم ذلك . فإذا فعلوه فللبائع الرجوع فى أرضه . فإذا أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : والأصح له الرجوع قبل قلع غرس و بناء . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وهو ظاهر ماجزم به كثير من الأصحاب .

ويحتمل أن لايستحقه إلا بعد القلع .

فعلى المذهب : يلزمهم تسوية الأرض ، وأرش نقصها الحاصل به .
ويضرب بالنقص مع الغرماء .

وعلى الثانى : لا يلزمهم ذلك .

فلو امتنع المفلس والغرماء من القلع : لم يجبروا عليه .

وإن أبى المفلس القلع ، فالصحيح من المذهب : أن للبائع أخذه وقلعه وضمان نقصه .

وقيل : ليس له ذلك .

وعلى المذهب : لو بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليملكه ، أو قال : أنا أقلع وأضمن النقص : فله ذلك .

وعلى الثانى : ليس له ذلك .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَوْا الْقَلْعَ ، وأَبَى دَفْعَ الْقِيمَةِ : سَقَطَ الرُّجُوع ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن حامد . ونصره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والخلاصة . وصححه فى النظم .

وقال القاضى : له الرجوع فى الأرض . ويكون مافيها للمفلس . وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

فعلى المذهب : لا تفريع .

وعلى الثانى : إن اتفقا على البيع بيعا لهما . وإن أبى أحدهما ، فقال المصنف ، والشارح : يحتمل أن يجبر ، فيباع الجميع . واحتمل : لا . فيبيع المفلس غرسه وبناءه مفردا .

قال فى الفروع : وهل يباع الغرس مفرداً ، أو الجميع ، ويقسم الثمن على القيمة ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والفائق ، والحاويين ، وغيرهم .

أحدهما : يباع الجميع . قدمه فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى .

والوجه الثانى : يباع الغرس والبناء مفرداً . قدمه فى الرعاية الكبرى .

فوائد

إحداها : قال المصنف ، والشارح : لو كان المبيع شجراً أو نخلا ، فله أربعة أحوال .

أحدها : أفلس وهى بحالها . فله الرجوع .

الثانى : كان فيها وقت البيع ثمر ظاهر ، أو طلع مؤبَّر ، واشترطه المشترى فأكله ، أو تصرف فيه ، أو تلف بجائحة ، ثم أفلس : فهذا فى حكم مالو اشترى عينين وتلف أحدهما على ماتقدم .

الثالث : أطلع ولم يؤبَّر ، أو كان فيه ثمر لم يظهر وقت البيع . فيدخل فى البيع . فلو أفلس بعد تلفه أو بعضه ، أو زاد ، أو بدا صلاحه : فحكمه حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة ، على ماتقدم .

قال فى الرعاية الكبرى : فهو زيادة متصلة فى الأصح .

الرابع : باعه نخلا حائلا فأطلعت ، أو شجراً فأثمرت ، فهو على أربعة أقسام :

الأول : أفلس قبل تأبيرها . فالطلع زيادة متصلة .

الثانى : أفلس بعد التأبير ، وظهور الثمرة : فلا يمنع الرجوع . والطلع للمشترى . على الصحيح من المذهب ، خلافاً لأبى بكر .

ولو باعه أرضاً فارغة ، فزرعها المشترى ، ثم أفلس : رجع فى الأرض دون الزرع ، وجهاً واحداً .

الثالث : أفلس ، والطلع غير مؤبر . فلم يرجع حتى أُبِّرَ : فليس له الرجوع فيه . كما لو أفلس بعد التأبير .

فلو ادعى الرجوع قبل التأبير ، وأنكر المفلس : فالقول قوله .

وإن قال البائع : بعت بعد التأبير . وقال المفلس : بل قبله . فالقول قول البائع .

الرابع : أفلس بعد أخذ الثمرة ، أو ذهابها بجائحة أو غيرها : فله الرجوع فى الأصل . والثمرة للمشترى ، إلا على قول أبى بكر .

الثانية : كل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع : فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجداد .

وكذا إذا رجع فى الأرض وفيها زرع للمفلس . وليس على صاحب الزرع أجرة .

إذا ثبت هذا . فإن اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع . فلهم ذلك .
وإن اختلفوا ، وكان مما لاقيمة له ، أو قيمته يسيرة : لم يقطع .

وإن كانت قيمته كثيرة : قدم قول من طالب القطع ، فى أحد الوجوه . اختاره القاضى . وجزم به فى الرعاية الكبرى .

والثانى : ينظر مافيه الأحظ فيعمل به .

قلت : وهو الصواب .

والثالث : إن طلب الغرماء القطع : وجب . وإن كان المفلس ، فكان التأخير أحظ له : لم يقطع .

الثالثة : إذا كملت الشروط : فله أخذه من غير حكم حاكم ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . لتعينها كوديعة . وسواء زادت قيمتها أو نقصت ولو بذل الغرماء ثمنها كله ، وهو يساوى المبيع أو دونه أو فوقه .

وقيل : لا يأخذها إلا بحكم حاكم ، بناء على تسويغ الاجتهاد .

الرابعة : لو حكم حاكم بكونه أسوة الغرماء : نقض حكمه ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وفيه احتمال : لاينقض .

الخامسة : يكون الاسترجاع فى السلعة بالقول . فلو أقدم على التصرف فيها

ابتداء لم ينعقد ، ولم يكن استرجاعاً . وكذا الوطء . ذكره القاضى فى الخلاف ، لتمام ملك المفلس .

وفى المجرد ، والفصول : يكون الوطء استرجاعاً ، وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه . قاله فى القاعدة الخامسة والخمسين .

السادسة : يستثنى من جواز الأخذ ، بعد كمال الشروط : مسألة .

وهى ما إذا كان المبيع صيداً والبائع محرما . فإنه ليس له الرجوع فيه . لأنه تملك للصيد . لا يجوز . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الرعاية ، وقطعوا به .

قلت : فيعايى بها .

ولعلهم أرادوا على القول بأن الفسخ على الفور فى تلك الحالة . وهو الظاهر ، وإلا فلا وجه له .

السابعة : الصحيح من المذهب : أن أخذ السلعة على التراخى ، كخيار العيب . قدمه فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما . وقاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقيل : على الفور .

قال فى الرعاية الكبرى : أخذه على الفور فى الأقيس . وصححه الناظم . ونصره القاضى وغيره . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : الوجهان هنا مبنيان على الروايتين فى خيار الرد بالعيب

الثامنة : حيث أخذ البائع سلعته ، فرجوعه فسخ للعيب . فلا يحتاج إلى معرفة المبيع ، ولا إلى القدرة على تسليمه .

فلو رجع فيمن أبق صح : وصار له . فإن قدر عليه : أخذه . وإن تلف : فمن ماله . وإن تبين أنه كان تالفاً حين استرجاعه بطل رجوعه .

وإن رجع فى مبيع اشتبه بغيره : قدم تعيين المفلس ، لانكاره دعوى استحقاق البائع . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

التاسعة : متى قلنا له الرجوع ، فلو كان ثمن المبيع الموجود مؤجلا على المفلس — وقلنا : لا يحل بالفلس — فالصحيح من المذهب : أنه يأخذ المبيع عند الأجل . نص عليه . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والمغنى ، والشرح . وقالا : هو أولى .

قال الزركشى : عليه الجمهور .

وقيل : يأخذه فى الحال . اختاره ابن أبى موسى .

وقيل : يباع . اختاره أبو بكر فى التنبيه ، وصاحب التلخيص . وقدمه الزركشى . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح .

وقيل : إن لم تزد قيمته رجع فيه مجاناً . ذكره فى الرعاية الكبرى .

العاشرة : ذكر المصنف هنا حكم السلعة المبيعة إذا وجدها . وكذا حكم القرض وغيره إذا وجد عينه .

قال فى الرعاية : لو كان دينه سَلَماً ، فأدرك الثمن بعينه : أخذه .

قال فى التلخيص : الرجوع ثابت فى كل ماهو فى معنى البيع : من عقود المعاوضات المحضة ، كالإجارة والسلم ، والصلح بمعنى البيع . وكذلك الصداق ، كأن يصدق امرأة عيناً ، وتحصل الفرقة من جهتها ، وقد أفلست .

وكذا لو وجد عيناً مؤجرة لم يمض من المدة شيء . فلو مضى بعض المدة : فله أسوة الغرماء . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يختص بها .

الحادية عشر : لو كان للمفلس عين مؤجرة : كان المستأجر أحق بمنافعها مدة الإجارة . فإن تعطلت فى أثناء المدة : ضرب له بما بقى مع الغرماء . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ الحُكْمُ الثَّالثُ : بَيْعُ الحَاكِمِ مَالَهُ ﴾ .

يعنى إن كان من غير جنس الدين (وَقَسْمُ ثَمَنِهِ) .

يعنى يجب ذلك على الحاكم . ويكون على الفور .

قوله ﴿ وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْضِرَهُ وَيُحْضِرَ الغُرَمَاءَ ﴾

يعنى يستحب . ذكره الأصحاب .

قوله ﴿ وَيَبِيعُ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ﴾

بشرط أن يبيعه بثمن مثله المستقر فى وقته أو أكثر . ذكره الشيخ تقى الدين وغيره . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَيَتْرُكُ لَهُ مِنْ مَالِهِ مَاتَدْعُو إِلَيْهِ حَاجَتُهُ : مِنْ مَسْكَنٍ ﴾

بلا نزاع . لكن إن كان واسعاً يفضل عن سكنى مثله : بيع ، واشترى له مسكنُ مثله .

ولابن حمدان احتمال : أن من ادَّانَ ما اشترى به مسكناً : أنه يباع ، ولايترك له . انتهى .

ولو كان المسكن عين مال بعض الغرماء : أخذه بالشروط المتقدمة .

قوله ﴿ وَخَادِمٍ ﴾

بلا نزاع . لكن بشرط أن لا يكون نفيساً . وكذا المسكن . نص عليهما .

فائدة : يترك له أيضاً آلة حرفة . فإن لم يكن صاحب حرفة : ترك له مايتجر به . نص عليه . وجزم به ناظم المفردات ، وغيره ، وهو منها .

وقال فى الموجز ، والتبصرة : ويترك له أيضاً فرس يحتاج إلى ركوبها .

وقال فى الروضة : يترك له دابة يحتاجها .

ونقل عبد الله : يباع الكل إلا المسكن ، ومايواريه من ثياب وخادم يحتاجه .

تنبيه : مراد المصنف وغيره بترك المسكن والخادم وغيرهما : إذا لم يكن عين مال الغرماء .

وأما إن كان عين مالهم : فإنه لايترك له منه شيء ، ولو كان محتاجاً إليه . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وهو واضح .

فكلامهم هنا مخصوص بما تقدم .

قوله ﴿ وَيُنفِقُ عَلَيْهِ بِالمَعْرُوفِ إلىأَنْ يَفْرُغ مِنْ قَسْمِهِ بَيْنَ غُرَمَائِهِ ﴾

يعنى : عليه وعلى عياله . ومن النفقة : كسوته وكسوة عياله . وهذا الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع . وغيره .

وقال المصنف ، والشارح : محل هذا إذا لم يكن له كسب . وأما إن كان يقدر على التكسب : لم يترك له شيء من النفقة . وقطعا به . وهو قوى .

فائدة : لو مات جُهِّز من ماله ، كنفقة . قاله فى الفائق وغيره .

قوله ﴿ وَيُعْطِى المنَادِى ﴾ يعنى ونحوه ﴿ أُجْرَتهُ مِنْ المَالِ ﴾

والمراد : إذا لم يوجد متطوع . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم ابن عقيل . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

وقيل : إنما يعطى من بيت المال إن أمكن . لأنه من المصالح . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وإدراك الغاية . وقدمه فى التلخيص ، والرعاية الكبرى .

قال فى الحاويين : وحق المنادى من الثمن ، إن فقد من يتطوع بالنداء وتعذر من بيت المال . وقدمه فى التلخيص ، والرعاية الكبرى .

قال فى الفائق : وأجرة المنادى : من الثمن ، إن فقد متطوع . وقيل : من بيت المال إن تعذر .

وقال ابن عقيل : هى من مال المفلس ابتداء . انتهى .

وفى القول الثانى : نظر . ولعل النسخة مغلوطة .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ ويَبْدَأُ بالمَجْنِي عَلَيْه ﴾ إذا كان الجانى عبد المفلس بدليل قوله ﴿ فيَدْفعُ إليْهِ الأقَلَّ مِنَ الأرْشِ أوْ ثَمَنَ الجاني ﴾ .

سواء كانت الجناية عليه قبل الحجر أو بعده . جزم به فى الفروع وغيره .

وأما إن كان الجانى هو المفلس فالمجنى عليه أسوة الغرماء . لأن حقه متعلق بالذمة .

قوله ﴿ ثُمَّ بِمَنْ لَهُ رَهْنٌ . فَيَخْتَصُّ بِثَمَنِه ﴾

ظاهره : أنه سواء كان الرهن لازماً أو لا . وهو ظاهر كلامه فى المحرر ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ولم يقيده جماعة باللزوم . والصحيح من المذهب : أنه لا يختص بثمنه إلا إذا كان لازماً . قدمه فى الفروع .

وعنه : إذا مات الراهن أو أفلس ، فالمرتهن أحق به . ولم يعتبر وجود قبضه بعد موته أو قبله .

وقال فى الفائق : ثم يختص من له رهن بثمنه . فى أصح الوجهين .

وقال فى الرعاية الصغرى : يختص بثمن الرهن ، على الأصح . فحكى الخلاف روايتين .

وذكرهما ابن عقيل وغيره فى صورة الموت . لعدم رضاه بذمته ، بخلاف موت بائع وَجَدَ متاعه .

وقال فى الرعاية الكبرى ـ بعد أن قدم المذهب ـ وعنه : أنه بعد الموت أسوة الغرماء مطلقاً .

قوله ﴿ فَإنْ فَضَلَ لَهُ فَضْلٌ : ضَرَبَ به مَعَ الغُرَمَاءِ . وَإنْ فَضَلَ مِنْهُ فَضْلٌ : رُدَّ عَلَى المَالِ ﴾

وتقدم : أن الفاضل يرد على المال . على الصحيح من المذهب . كما جزم به هنا ، وأن القاضي اختار : أن بائعه أحق بالفاضل . وله الرجوع فيه .

قوله ﴿ ثُمَّ بِمَنْ لَهُ عَيْنُ مَالٍ يأخذها ﴾

يعنى بالشروط المتقدمه . وكلامه هنا أعم .

فيدخل عين القرض ، ورأس مال السلم ، وغيرهما . كما تقدم .

وكذا المستأجر من المفلس أحق بالمنافع مدة الإجارة من بقية الغرماء ، على ما تقدم قريباً .

قوله ﴿ ثُمَّ يَقْسِمُ البَاقِي بَيْنَ بَاقِي الغُرَمَاء عَلَى قَدْرِ دُيُونِهِم . فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ : لَمْ يَحِلَّ ﴾

هذا إحدى الروايات . وهو المذهب .

قال الزركشي : هذا المذهب المشهور .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب . وهو أصح .

قال القاضي : لا يحل الدين بالفلس . رواية واحدة .

قال في التلخيص : لا يحل الثمن المؤجل بالفلس ، على الأصح .

قال في الخلاصة : وإن كان له دين مؤجل لم يشارك على الأصح . وقدمه في المستوعب ، والكافي ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وجزم به في العمدة وغيره .

وعنه : يحل . ذكرها أبو الخطاب .

قال ابن رزين : وليس بشيء . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب .

وعنه لايحل إذا وثق برهن ، أو كفيل ملىء ، وإلا حل . نقلها ابن منصور .

فمتى قلنا : يحل ، فهو كبقية الديون الحالة .

ومتى قلنا : لايحل ، لم يوقف له به شيء ، ولايرجع على الغرماء به إذا حل .

لـكن إن حل قبل القسمة شارك الغرماء . وإن حل بعد قسمة البعض شاركهم أيضاً . وضرب بجميع دينه وباقى الغرماء ببقية ديونهم . قاله الزركشى وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ : لَمْ يَحُلَّ إِذَا وَثَّقَ الْوَرَثَةُ ﴾

يعنى : بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين . هذا المذهب .

قال فى القواعد الفقهية : هذا أشهر الروايتين .

قال الزركشى : هذا المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين . ونصره المصنف ، والشارح . وقطع به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : يحل هنا مطلقاً ، ولو قتله ربه ، ولو قلنا : لا يحل بالفلس . اختاره ابن أبى موسى . وقدمه ابن رزين فى شرحه . ومال إليه .

فعلى المذهب : إن تعذر التوثق : حلّ ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والمحرر ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : لايحل . اختاره أبو محمد الجوزى . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

قال ناظم المفردات : ولا يحل على المديون بموته من آجل الديون .

وقال فى الانتصار : يتعلق الحق بذمتهم . وذكره عن أصحابنا فى الحوالة . فإن كانت مليئة ، وإلا وثقوا .

وقال أيضاً : الصحيح أن الدين فى ذمة الميت والتركة .

فعلى المذهب : يختص أرباب الديون الحالة بالمال .

وعلى الثانية : يشاركون به .

وقال فى الرعاية : ومن مات ، وعليه دين حال ودين مؤجل ـ وقلنا : لاتحل بموته وماله بقدر الحال ـ فهل يترك له بقدر ما يخصه ليأخذه إذا حل دينه ، أو يوفى

الحال ، ويرجع على ربه صاحب المؤجل إذا حل بحصته ، أو لا يرجع ؟ يحتمل ثلاثة أوجه .

فوائد

الأولى : إذا لم يكن له وارث . فقال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى : يحل الدين ، لأن الأصل يستحقه الوارث . وقد عدم هنا . وقدمه فى القواعد الفقهية . وذكر القاضى فى خلافه احتمالين .

قال فى الفروع : ولو ورثه بيت المال : احتمل انتقاله . ويضمن الإمام للغرماء واحتمل حوله . وذكرهما فى عيون المسائل .

وذكرهما القاضى فى التعليق ، لعدم وارث معين . وأطلق فى الفائق وجهين فيما إذا لم يكن له وارث .

الثانية : قال فى التلخيص : حكم من طرأ عليه جنون حكم المفلس والميت فى حلول الدين وعدمه .

الثالثة : متى قلنا بحلول الدين المؤجل ، فإنه يأخذه كله . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه فى الفائق ، وقال: والمختار سقوط جزء من ربحه مقابل الأجل بقسطه . وهو مأخوذ من الوضع والتأجيل . انتهى .

قلت : وهو حسن .

الرابعة : هل يمنع الدين انتقال التركة إلى الورثة ، أم لا يمنع ؟ فيه روايتان .

إحداهما : لا يمنع . بل تنتقل . وهو الصحيح من المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وأصحابه .

قال ابن عقيل : هى المذهب .

قال الزركشى : هو المنصوص المشهور المختار للأصحاب .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله : أن المفلس إذا مات سقط حق البائع من غير ماله . لأن المال انتقل إلى الورثه .

قال فى القواعد الفقهية : أشهر الروايتين الانتقال .

والرواية الثانية : لا تنتقل . نقلها ابن منصور . وصححه الناظم . ونصره فى الانتصار .

ويأتى ذلك فى آخر القسمة بأتم من هذا .

ولهذا الخلاف فوائد يأتى بيانها قريباً .

ولا فرق فى ذلك بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ، ولا بين الديون الثابتة فى الحياة ، والمتجددة بعد الموت بسبب يقتضى الضمان ، كحفر بئر ونحوه . صرح به القاضى .

وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ؟ .

قال فى القواعد : صرح به جماعة . منهم صاحب الترغيب فى التفليس .

وقال فى الفوائد : ظاهر كلام طائفة : اعتباره ، حيث فرضوا المسألة فى الدين المستغرق .

ومنهم : من صرح بالمنع من الانتقال ، وإن لم يكن مستغرقاً . ذكره فى مسائل الشفعة .

وعلى القول بالانتقال : يتعلق حق الغرماء بهـا جميعها ، وإن لم يستغرقها الدين . صرح به فى الترغيب .

وهل تعلق حقهم بهـا تعلق رهن ، أو جناية ؟ فيه خلاف .

قال فى القواعد : صرح الأكثرون : أنه كتعلق الرهن . ويفسر بثلاثة أشياء

وقال فى الفوائد : يتحرر الخلاف بتحرير مسائل .

إحداها : هل يتعلق جميع الدين بالتركة . وبكل جزء من أجزائها ، أم يتقسط ؟

صرح القاضى فى خلافه بالأول ، إن كان الوارث واحداً . وإن كان متعدداً انقسم على قدر حقوقهم . وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين ، وبكل

جزء منها ، كالعبد المشترك إذا رهنه الشريكان بدين عليهما .

والثانية : هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف ؟ سيأتى ذلك فى فوائد الروايتين .

والثالثة : هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة ؟ فيه ثلاثة أوجه .

وقال فى موضع آخر : هل الدين باق فى ذمة الميت ، أو انتقل إلى ذمم الورثة ، أو هو متلعق بأعيان التركة لاغير ؟ فيه ثلاثة أوجه .

أحدها : ينتقل إلى ذمم الورثة . قاله القاضى فى خلافه ، وأبو الخطاب فى انتصاره ، وابن عقيل . وقيده القاضى فى المجرد بالمؤجل .

قال فى الفروع : وفى الانتصار ، الصحيح : أنه فى ذمة الميت فى التركة . انتهى

ومنهم : من خصه بالقول بانتقال التركة إليهم .

والوجه الثانى : هو باق فى ذمة الميت . ذكره القاضى أيضاً ، والآمدى ، وابن عقيل فى فنونه ، والمصنف فى المغنى . وهو ظاهر كلام الأصحاب فى ضمان دين الميت .

والوجه الثالث : يتعلق بأعيان التركة فقط . قاله ابن أبى موسى .

ورد بلزوم براءة ذمة الميت فيها بالتلف .

و يأتى هذا أيضاً فى باب القسمة .

إذا عرف هذا : فالخلاف فى أصل المسألة ــ وهو كون الدين يمنع الانتقال أم لا ؟ فوائد كثيرة . ذكرها ابن رجب فى الفوائد من قواعده .

منها : نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود .

فعلى الثانية : لاإشكال فى عدم النفوذ .

وعلى المذهب قيل : لاينفذ . قاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى باب الشركة من كتابيهما .

وحمل القاضى فى المجرد رواية ابن منصور على هذا .

وقيل ينفذ : قاله القاضى ، وابن عقيل فى الرهن والقسمة ، وجملاء المذهب .

قال فى القاعدة الثالثة والخمسين : أصح الوجهين : صحة تصرفهم . انتهى .

و إنما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان . قاله القاضى .

قال : ومتى خلى الورثة بين التركة و بين الغرماء : سقطت مطالبتهم بالديون . ونصب الحاكم من يوفيهم منها . ولم يملكها الغرماء بذلك .

وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيها طولبوا بالديون كلها .

وفى الكافى : إنما يضمنون الأقل من قيمة التركة أو الدين .

وعلى الأول : ينفذ العتق خاصة ، كعتق الراهن . ذكره فى الانتصار .

وحكى القاضى فى المجرد — فى باب العتق فى نفوذ العتق ، مع عدم العلم — وجهين ، وأنه لا ينفذ مع العلم .

وجعل المصنف فى الكافى مأخذهما : أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة ، هل يملك الورثة إسقاطها بالتزامهم الأداء من عندهم أم لا ؟

وفى النظريات لابن عقيل : عتق الورثة ينفذ مع يسارهم ، دون إعسارهم . اعتباراً بعتق موروثهم فى مرضه .

وهل يصح رهن التركة عند الغرماء ؟ قال القاضى فى المجرد : لا يصح .

ومنها : نماء التركة .

فعلى الثانية : يتعلق حق الغرماء به أيضاً .

وعلى المذهب : فيه وجهان . هل يتعلق حق الغرماء بالنماء أم لا ؟ وأطلقهما فى القواعد .

وقال فى القاعدة الثانية والثمانين ، إن قيل : إن التركة باقية على حكم ملك الميت : تعلق حق الغرماء بالنماء كالمرهون . ذكره القاضى ، وابن عقيل .

و ينبغى أن يقال : إن قلنا : تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف فيه ،

فالأمر كذلك . و إن قلنا : تعلق جناية لايمنع التصرف ، فلا يتعلق بالنماء .

وأما إن قلنا : لا تنتقل التركة إلى الورثة بمجرد الموت : لم تتعلق حقوق الغرماء بالنماء . ذكره القاضي ، وابن عقيل .

وخرج الآمدى ، وصاحب المغنى : تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضاً ، كتعلق الرهن .

وقد ينبنى ذلك من أصل آخر . وهو أن الدين هل هو باق فى ذمة الميت ، أو انتقل إلى ذمة الورثة ، أو هو متعلق بأعيان التركة لاغير ؟ وفيه ثلاثة أوجه . وقد تقدمت قبل الفوائد .

قال : فعلى القول الثالث : يتوجه أن لاتتعلق الحقوق بالنماء . إذ هو كتعلق الجناية .

وعلى الأولين : يتوجه تعلقها بالنماء كالرهن .

ومنها : لو مات وعليه دين ، وله مال زكوى . فهل تبتدىء الورثة حول الزكاة من حين الموت ، أم لا ؟

فعلى الثانية : لا إشكال فى أنه لايجرى فى حوله حتى تنتقل إليه .

وعلى المذهب : ينبنى على أن الدين : هل هو مضمون فى ذمة الوارث ، أم هو فى ذمة الميت خاصة ؟

فإن قلنا : هو فى ذمة الوارث ـ وكان مما يمنع الزكاة ـ انبنى على الدين المانع : هل يمنع انعقاد الحول فى ابتدائه ، أو يمنع الوجوب فى انتهائه خاصة ؟ فيه روايتان . ذكرهما المجد فى شرحه .

والمذهب : أنه يمنع الانعقاد . فيمتنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال

و إن قلنا : إنما يمنع وجوب الزكاة فى آخر الحول : منع الوجوب هنا آخر الحول فى قدره أيضاً .

و إن قلنا : ليس فى ذمة الوارث شيء ، فظاهر كلام أصحابنا : أن تعلق الدين بالمال مانع .

ومنها : لو كان له شجر وعليه دين فمات . فهنا صورتان .

إحداهما : أن يموت قبل أن يثمر ، ثم يثمر قبل الوفاء . فينبنى على أن الدين هل يتعلق بالنماء ؟

فإن قلنا : يتعلق به ، خرج على الخلاف فى منع الدين الزكاة فى الأموال الظاهرة ، على ماتقدم .

وإن قلنا : لايتعلق به ، فالزكاة على الوارث .

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك إليه .

أما إن قلنا : لاينتقل الملك ، فلا زكاة عليه ، إلا أن ينفك التعلق قبل بدو الصلاح .

الصورة الثانية : أن يموت بعد ما أثمرت . فيتعلق الدين بالثمرة .

ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب : فقد وجبت عليه الزكاة ، إلا أن نقول : إن الدين يمنع الزكاة فى المال الظاهر .

وإن كان قبل الوجوب ، فإن قلنا : تنتقل التركة إلى الورثة مع الدين : فالحكم كذلك .

وإن قلنا : لاتنتقل ، فلا زكاة عليهم .

وهذه المسألة تدل على أن النماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بلا خلاف .

وقال فى الفروع : وإن مات بعد أن أثمرت : تعلق بها الدين . ثم إن كان بعد وقت الوجوب : ففى الزكاة روايتان . وكذا إن كان قبله ، وقلنا : تنتقل التركة مع الدين ، وإلا فلا زكاة . انتهى .

وكذا قال ابن تميم وابن حمدان فى باب زكاة الزروع والثمار .

ومنها : لو مات وله عبيد وعليه دين . وأهَلَّ هلال الفطر .

فعلى المذهب : فطرتهم على الورثة .

وعلى الثانية : لافطرة لهم على أحد .

ومنها : لو كانت التركة حيواناً .

فعلى المذهب : النفقة عليهم .

وعلى الثانية : من التركة كمؤنة . وكذلك مؤنة المال ، كأجرة المخزن ونحوه .

ومنها : لو مات المدين وله شقص ، فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء .

فعلى المذهب : لهم الأخذ بالشفعة .

وعلى الثانية : لا .

ولو كان الوارث شريك الموروث و بيع نصيب الموروث فى دينه .

فعلى المذهب : لا شفعة للوارث .

وعلى الثانية : له الشفعة .

ومنها : لو وطىء الوارث الجارية الموروثة ـ والدين يستغرق التركة ـ فأولدها

فعلى المذهب : لا حد عليه . و يلزمه قيمتها .

وعلى الثانية : لا حد أيضاً لشبهة الملك ، وعليه قيمتها ومهرها . ذكره فى الانتصار . ففائدة الخلاف حينئذ فى المهر .

ومنها : لو تزوج الابن أمة أبيه ، ثم قال : إن مات أبى فأنت طالق . وقال أبوه : إن مت فأنت حرة ، ثم مات وعليه دين يستغرق البركة : لم تعتق .

وهل يقع الطلاق ؟ قال القاضى فى المجرد : يقع . وقال ابن عقيل : لا يقع .

فقول ابن عقيل : مبنى على المذهب .

وقول القاضى : مبنى على الثانية .

وكذلك إذا لم يدبرها الأب سواء .

وقيل : يقع الطلاق على المذهب أيضاً .

ومنها : لو أقر لشخص ، فقال : له فى ميراثه ألف .

فالمشهور : أنه متناقض فى إقراره .

وقال فى التلخيص : يحتمل أن يلزمه . إذ المشهور عندنا : أن الدين لا يمنع

الميراث . فهو كما لو قال : له فى هذه التركة ألف . فإنه إقرار صحيح .

وعلى هذا : إذا قلنا : يمنع الدين الميراث ، كان مناقضاً بغير خلاف .

ومنها : لو مات وترك ابنين وألف درهم ، وعليه ألف درهم دين ، ثم مات أحد الابنين ، وترك ابناً . ثم أبرأ الغريم الورثة .

فذكر القاضى : أن ابن الابن يستحق نصف التركة بميراثه عن أبيه .

وذكره فى موضع إجماعاً . وعلله فى موضع بأن التركة تنتقل مع الدين . فانتقل ميراث الابن إلى ابنه .

ويفهم من هذا : أنه على الثانية : يختص به ولد الصلب ، لأنه هو الباقى من الورثة .

ومنها : رجوع بائع المفلس فى عين ماله بعد موت المفلس ، ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف .

فإن قلنا : ينتقل امتنع رجوعه . وإن قلنا : لاينتقل ، رجع . ولا سيما والحق هنا متعلق فى الحياة تعلقاً متأكداً .

ومنها : مانقل عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه ألفا درهم ، وليس له وارث غير ابنه . فقال ابنه لغرمائه : اتركوا هذه الألف بيدى ، وأخرونى فى حقوقكم ثلاث سنين ، حتى أوفيكم جميع حقوقكم . قال :إذا كانوا استحقوا قبض هذه الألف ، وإنما يؤخرونه ليوفيهم لأجل ، فتركوها فى يديه : فهذا لاخير فيه ، إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخروه فى الباقى ماشاءوا .

قال فى القواعد ، قال بعض شيوخنا : تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لاتنتقل . قال : وإن قلنا : تنتقل جاز . وهو أقيس بالمذهب ، وعلله فى القواعد .

ومنها : ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه .

فنص الإمام أحمد رحمه الله فى وديعة لايدفعها إلا إلى الغرماء والورثة جميعاً .

وهو يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة . وحمله القاضى على الاحتياط .

قال فى القواعد : وظاهر كلامه — إن قلنا : التركة ملك لهم — فلهم ولاية الطلب والقبض ، و إن قلنا : ليست ملكا لهم ، فليس لهم الاستقلال بذلك .

وقال المجد : عندى أن النص على ظاهره . لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة ، كالرهن والجانى . فلا يجوز الدفع إلى بعضهم . انتهى الكلام على الفوائد ملخصاً .

قوله ﴿ وَ إِنْ ظَهرَ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسْمِ مَالِهِ : رَجَعَ عَلَى الغُرماَءِ بِقِسْطِهِ ﴾ هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

لكن قال المصنف ، والشارح : هذه قسمة بان الخطأ فيها . فأشبه مالو قسم أرضاً أو ميراثاً بين شركاء ، ثم ظهر شريك آخر ، أو وارث آخر .

قال الأزجى : فلو كان له ألف اقتسمها غريماه نصفين ، ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما : رجع على كل واحد بثلث ماقبضه من غير زيادة .

وأصل هذا : مالو أقر أحد الوارثين بوارث . فإنه يأخذ مافى يده إذا كان ابناً وهما ابنان .

قال فى الفروع : كذا قال . وهو كما قال فى الثانية . بل هو خطأ فيها .

قال فى الفروع : فظاهر كلامهم : يرجع على من أتلف ماقبضه بحصته .

ثم قال : و يتوجه كمفقود رجع بعد قسمة وتلف .

وفى فتاوى المصنف : لو وصل مال الغائب ، فأقام رجل بينة أن له عليه ديناً وأقام آخر بينة أن له عليه ديناً أيضاً . فقال : إن طالبا جميعاً اشتركا ، و إن طالب أحدهما : اختص به لاختصاصه بما يوجب التسليم . وعدم تعلق الدين بماله .

قال فى الفروع : ومراده : ولم يطالب أصلا ، و إلا شاركه مالم يقبضه .

قوله ﴿ وَإِنْ بَقِيَ عَلَى المُفْلِسِ بَقِيَّةٌ وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهَلْ يُجبَرُ عَلَى إِيجَارِ نَفْسِهِ لِقَضَائِهَا ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح

إحداهما : يجبر . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، ونظم المفردات ، والمنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والحاويين . وصححه فى التصحيح ، والرعايتين ، وشرح ابن منجا ، والنظم . ونصره المصنف ، والشارح . وهو من المفردات .

والرواية الثانية : لا يجبر . قدمه فى إدراك الغاية ، وشرح ابن رزين . كما لايجبر على قبول الهدية والصدقة والقرض والهبة والوصية والخلع والتزويج . حتى أم ولده ، وأخذ الدية على قود .

وقيل : لاتسقط ديته بعفوه على غير مال أو مطلقاً ، إن قلنا : يجب بالعمد أحد شيئين .

وتقدم أنه لايجبر على رد مبيع . إذا كان فيه الأحظ .

قال فى التلخيص : هو قياس المذهب .

فعلى المذهب : يبقى الحجر عليه ببقاء دينه إلى الوفاء .

فائدة : الصحيح من المذهب : أنه يجبر على إيجار موقوف عليه ، وإيجار أم ولده إذا استغنى عنها .

قال فى الفروع : ويجبر على إيجار ذلك فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والقواعد فى أم الولد :

وقيل : لايجبر ، وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْفَكُّ عَنْهُ الحَجْرُ إِلاَّ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : و يفتقر زواله إلى حكم فى الأصح . وجزم به فى الوجيز ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى المغنى والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين والفائق .

وفيه وجه آخر : يزول الحجر بقسم ماله .

تنبيه : يؤخذ من قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَقٌّ لَهُ بِهِ شَاهِدٌ ، فَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ : لَمْ يَكُنْ لِغُرَمَائِهِ أَنْ يَحْلِفُوا ﴾ .

عدم وجوب اليمين عليه ــ وهو كذلك ــ لاحتمال شبهة .

قوله ﴿ الْحُكْمُ الرَّابِعُ : انْقِطَاعُ الْمُطَالَبَةِ عَنِ الْمُفْلِسِ ، فَمَنْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ : لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ حَتَّى يُفَكَّ الْحَجْرَ عَنْهُ ﴾ .

هذا المذهب . وتقدم كلامه فى المبهج فى الجاهل .

وتقدم رواية بصحة إقراره إذا أضافه إلى ماقبل الحجر عند قوله « و إن تصرف فى ذمته بشراء أوضمان أو إقرار صح . و يتبع به بعد فك الحجر عنه » .

قوله ﴿ الضَّرْبُ الثَّانِي : الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِحَظِّهِ . وَهُوَ الصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالسَّفِيهُ . فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُمْ قَبْلَ الْإِذْنِ ﴾ .

وهذا المذهب فى الجملة . وعليه الأصحاب .

وظاهره : أن هبة الصبي لاتصح ، ولو كان مميزاً . وهو صحيح . وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وسئل الإمام أحمد رحمه الله : متى تصح هبة الغلام ؟ قال : ليس فيه اختلاف إذا احتلم ، أو يصير ابن خمس عشرة سنة .

وذكر بعض الأصحاب رواية فى صحة إبرائه . فالهبة مثله .

و يأتى : هل تصح وصيته وغيرها . أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَمَنْ دفَعَ إِلَيْهِمْ ﴾ يَعْنِى : إلى الصبى ، والمجنون ، والسفيه ﴿ مَالَهُ بِبَيْعٍ ، أَوْ قَرْضٍ : رَجعَ فيهِ مَا كَانَ بَاقِيًا . وَإِنْ تَلفَ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ مَالِــكِهِ ، عَلِمَ بِالْحَجْرِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحـاب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يضمن المجنون .

وقيل : يضمن السفيه إذا جهل أنه محجور عليه .

واختار فى الرعاية الصغرى الضمان مطلقاً . واختاره ابن عقيل . ذكره الزركشى .

قلت : وهو الصواب . كتصرف العبد بغير إذن سيده . والفرق على المذهب عسر .

تنبيه : محل هذا : إذا كان صاحب المال قد سلطه عليه، كالبيع والقرض ، ونحوهما . كما قال المصنف . فأما إن حصل فى أيديهم باختيار صاحبه من غير تسليط : كالوديعة ، والعارية ، ونحوهما ــ وكذلك العبد ــ مالاً فأتلفوه . فقيل : لا يضمنون ذلك . وقدمه فى الرعاية فى باب الوديعة . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يضمنون . اختاره القاضى .

وقيل : يضمن العبد وحده .

وقد قطع فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمقنع ، والتلخيص وغيرهم : بضمان العبد إذا أتلف الوديعة .

وأطلق فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص : الخلاف فى ضمان الصبى الوديعة إذا أتلفها . وكذلك أطلقه فى الرعايتين . والحاوى الصغير .

وقيل : يضمن العبد وحده .

وقيل : يضمن العبد ، والسفيه .

وأطلقهن فى الفروع ، والفائق .

وأطلقهن المحرر فى باب الوديعة .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف هناك بأتم من هذا محرراً .

قوله ﴿ فَإِنْ جَنَوْا فَعَلَيْهِمْ أَرْشُ الْجِنَايَةِ ﴾ بلا نزاع .

ويضمنون أيضاً : إذا أتلفوا شيئاً لم يدفع إليهم .

قوله ﴿ وَمَتَى عَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَرَشَدَا : انْفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُمَا بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وقيل : لا ينفك إلا بحكم حاكم . اختاره القاضى .

وقيل : لا ينفك فى الصبى إلا بحكم حاكم ، وينفك فى غيره بمجرد رشده .

قوله ﴿ وَالْبُلُوغُ : يَحْصُلُ بِالاحْتِلَامِ ﴾ بلا نزاع ﴿ أَوْ بُلُوغِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أَوْ نَبَاتِ الشَّعْرِ الْخَشِنِ حَوْلَ الْقُبُلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وحكى عنه رواية : لا يحصل البلوغ بالإنبات .

وقال فى الفائق : ويحصل البلوغ بإكمال خمس عشرة سنة .

وعنه : الذكر وحده .

قوله ﴿ وَتَزِيدُ الْجَارِيَةُ بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ ﴾ بلا نزاع .

على الصحيح من المذهب .

قال فى المحرر ، والفروع : وحملها دليل إنزالها . وقدره : أقل مدة الحمل .

وكذا قال الزركشى ، وغيرهم .

وعنه لا يحصل بلوغها بغير الحيض . نقلها جماعة .

قال أبو بكر : هذا قول أول .

فائدة : لو وجد منى من ذكر خنثى مشكل : فهو علم على بلوغه . وكونه رجلا . وإن خرج من فرجه أو حاض : كان علماً على بلوغه ، وكونه امرأة .

هذا الصحيح من المذهب . وجزم به فى الكافى . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وصححه فى التلخيص .

قال فى الرعاية : والصحيح : أن الإنزال علامة البلوغ مطلقاً . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقال القاضى : ليس واحداً منهما علماً على البلوغ .

قال فى عيون المسائل : إن حاض من فرج المرأة ، أو احتلم منه ، أو أنزل من ذكر الرجل : لم يحكم ببلوغه . لجواز كونه خلقة زائدة . وإن حاض من فرج النساء ، وأنزل من ذكر الرجل : فبالغ ، بلا إشكال . انتهى .

وإن خرج المنى من ذكره ، والحيض من فرجه : فمشكل . ويثبت البلوغ بذلك . على الصحيح من المذهب .

قال القاضى : يثبت البلوغ به . وجزم به فى الفصول ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس ، والفروع . وذكره فى باب ميراث الخنثى . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وتقدم كلامه فى عيون المسائل .

وقيل : لا يثبت بذلك البلوغ . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وإن خرج المنى والحيض من مخرج واحد : فمشكل بلا نزاع .

وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يحصل البلوغ بذلك . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والثانى : يحصل به .

قلت : وهو أولى . لأنه إن كان ذكراً فقد أمنى . و إن كان أنثى فقد أمنت وحاضت . وكلاهما يحصل به البلوغ .

ثم وجدت صاحب الحاوى الكبير قطع بذلك . وعلله بما قلنا .

قوله ﴿ وَالرُّشْدُ : الصَّلاَحُ فِى الْمَالِ ﴾ .

يعنى لاغير . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال ابن عقيل : الرشد الصلاح فى المال والدين .

قال : وهو الأليق بمذهبنا . قال فى التلخيص : ونص عليه .

فائدة : قوله ﴿ وَلاَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالَهُ حَتَّى يُخْتَبَرَ ﴾ يعنى : بما يليق به ويؤنس رشده ﴿ فإنْ كَانَ مِنْ أَوْلاَدِ التُّجَّارِ : فَبِأَنْ يَتَكَرَّرُ مِنْهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاء ، فَلاَ يُغْبَنُ ﴾ .

يعنى لايغبن فى الغالب . ولا يفحش قوله وأن يَحْفَظَ مافى يديه عن صرفه فيما لافائدة فيه ، كالقمار ، والغناء ، وشراء المحرمات . ونحوه .

قال ابن عقيل وجماعة : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أن التبذير والإسراف : ما أخرجه فى الحرام .

قال فى النهاية : أو يصرفه فى صدقة تضر بعياله ، أو كان وحده ولم يثق بإيمانه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إذا أخرج فى مباح قدراً زائداً على المصلحة . انتهى . وهو الصواب .

تنبيه : دخل فى كلام المصنف : إذا بلغت الجارية ورشدت : دفع إليها مالها . وهو الصحيح من المذهب ، كالغلام . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه لايدفع إلى الجارية مالها ، ولو بعد رشدها ، حتى تتزوج وتلد ، أو تقيم فى بيت الزوج سنة . اختاره جماعة من الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضى ، وابن عقيل فى التذكرة ، والشيرازى فى الإيضاح .

قال الزركشي : وهو المنصوص . وأطلقهما فى المذهب .

فعلى هذه الرواية : إذا لم تتزوج فقيل : يبقى الحجر عليها . وهواحتمال للمصنف وغيره .

وقيل : تبقى مالم تعنس .

قال القاضي : عندى أنها إذا لم تتزوج يدفع إليها مالها ، إذا عنست و برزت للرجال . وهو الصواب . واقتصر عليه فى الكافى . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَوَقْتُ الاخْتِبارِ: قَبْلَ الْبُلُوغ ﴾ .

وهذا المذهب بلا ريب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه بعده . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص .

وقيل : بعده للجارية لنقص خبرتها ، وقبله للغلام .

فائدة : لا يختبر إلا المميز والمراهق الذى يعرف البيع والشراء والمصلحة والمفسدة ، و بيع الاختبار وشراؤه صحيح بلا نزاع .

وتقدم فى أول كتاب البيع : التنبيه على ذلك ، وحكم تصرفه بإذن وليه .

قوله ﴿ وَلاَ تثبتُ الوِلاَيَةُ عَلَى الصَّبِيِّ والمجْنُونِ إلاّ لِلأَبِ ﴾ .

يستحق الأب الولاية على الصغير والمجنون بلا نزاع . لكن بشرط أن يكون رشيداً . و يكفى كونه مستور الحال ، على الصحيح من المذهب .

قال فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم : وليهما الأب ما لم يعلم فسقه .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : يشترط عدالته ظاهراً و باطناً .

قال فى المنور : وولى الصبي والمجنون الأب ، ثم الوصى العدلان . وأطلقهما فى الفروع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ ثُمَّ لِوَصِيِّهِ . ثُمَّ لِلْحَاكِمِ ﴾

أن الجد والأم وسائر العصبات ليس لهم ولاية . وهو المذهب الذى عليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ما جزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والوجيز وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والمحرر ، والنظم .

وعنه : للجد ولاية . فعليها : يقدم على الحاكم بلا نزاع . ويقدم على الوصى على الصحيح .

قال فى الفائق : وهو المختار . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

قلت : وهو الصواب . وجزم به فى الزبدة .

وقيل : يقدم الوصى عليه . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والنظم ، والفائق .

وذكر القاضى : أن للأم ولاية .

وقيل : لسائر العصبة ولاية أيضاً بشرط العدالة . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ذكره عنه فى الفائق . ثم قال ، قلت : ويشهد له حجر الابن على أبيه عند خرفه . انتهى .

قلت : الذى يظهر أنه حيث قلنا : للأم والعصبة ولاية : أنهم كالجد فى التقديم على الحاكم وعلى الوصى ، على الصحيح .

فائدتان

إحداهما : يشترط فى الحاكم ما يشترط فى الأب . فإن لم يكن كذلك ، أو لم يوجد حاكم : فأمين يقوم به . اختاره الشيخ تقى الدين . وقال : الحاكم العاجز كالعدم .

الثانية : يلى كافر عدل مال ولده الكافر ، على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . واختاره الأصحاب .

قال فى الحاويين ، والفائق : ويلى الكافر العدل فى دينه : مال ولده . على أصح الوجهين . وصححه شيخنا فى تصحيح المحرر . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : لا يليه ، وإنما يليه الحاكم . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع .

ويأتى : هل يلى مال الذمية التى يلى نكاحها من مسلم ؟ فى باب أركان النكاح عند قوله « ويلى الذمى نكاح موليته » مع أن الحكم هنا يشمله .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِوَلِيِّهِما أَنْ يَتَصَرَّفَ فِى مَالِهِمَا . إلاَّ عَلَى وَجْهِ الحَظِّ لَهُمَا ﴾ .

بلا نزاع . فإن تبرع ، أو حابى ، أو زاد على النفقة عليهما ، أو على من يلزمهما مؤنته بالمعروف : ضمن . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به الأكثرون

وقال فى الرعايتين : ضمن فى الأصح .

وقيل : لا يضمن .

قلت : وهذا ضعيف جداً .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْ مَالِهِمَا شَيْئاً لِنَفْسِهِ ، وَلاَ يَبِيعَهُمَا إلاَّ الأَبُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يجوز للوصى الشراء من مالها إن وكل من يبيعه هو ، ويستقصى فى الثمن بالنداء فى الأسواق . قاله فى الرعاية .

قوله ﴿ وَلِوَلِيِّهِمَا مُكَاتَبَةُ رَقِيقِهِمَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

إلا أنه قال فى الترغيب : يجوز ذلك لغير الحاكم .

تنبيه : مفهوم **قوله ﴿ وَعِتْقُهُ عَلَى مَالٍ ﴾ .**

أنه لا يجوز عتقه مجانا مطلقاً . وهو الصحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه يجوز مجانا لمصلحة . اختاره أبو بكر ، بأن تساوى أمة وولدها مائة و يساوى أحدهما مائة .

قلت : ولعل هذا كالمتفق عليه .

فائدة : من شرط صحة مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال : أن يكون فيه حظ لهما مثل : أن يساوى ألفاً فيكاتبه على ألفين ، أو يعتقه عليهما ونحو ذلك . فإن لم يكن فيه حظ لهما لم يصح .

قوله ﴿ وَتَزْوِيجُ إِمَائِهِما ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى ، والشرح : وله تزويج إمائهما إذا وجب تزويجهن ، بأن يطلبن ذلك ، أو يرى المصلحة فيه . وقطعا به .

قال فى الفروع ، والرعاية الكبرى : له ذلك على الأصح . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والوجيز ، وغيرهم .

وعنه : لا يجوز ذلك .

وعنه : يجوز لخوف فساده ، و إلا لم يجز .

فائدة : العبيد فى ذلك كالإماء ، خلافاً ومذهباً . على الصحيح من المذهب .

وعنه : لا يزوج الأمة و إن جاز تزويج العبد ، لتأكد حاجته إليها .

قلت : يحتمل العكس ، لرفع مؤنتها وحصول صداقها ، بخلاف العبد .

قوله ﴿ وَالسَّفَرُ بِمَالِهِما ﴾ .

إذا أراد الولى السفر بمالهما ، فلا يخلو : إما أن يسافر به لتجارة ، أو غيرها .

فإن سافر به لتجارة جاز . لا أعلم فيه خلافاً . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، وغيرهم . لكن لا يتجر إلا فى المواضع الآمنة .

وحمل الشارح وابن منجا كلام المصنف عليه .

وإن سافر به لغير التجارة ، مثل أن يعرض له سفر : جاز . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والمحرر ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال القاضى فى المجرد : ولا يسافر به . وجزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح .

وظاهر كلامه فى الفروع : إجراء الخلاف فى ذلك . فإنه قال : وله السفر بماله ، خلافاً للمجرد ، والمغنى والكافى .

وليس بمراد . لأنه قطع فى الكافى والمغنى بجواز السفر به للتجارة ، ومنع من السفر لغيرها .

قوله ﴿ وَالْمُضَارَبَة بِهِ ﴾

يعنى أن للولى أن يبيع ويشترى فى مال المولَّى عليه بلا نزاع . لكن لا يستحق أجرة . بل جميع الربح للمولى عليه . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : وإن اتجر بنفسه فلا أجرة له فى الأصح . وجزم به فى الكافى ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز . وقدمه فى المغنى . وصححه فى الرعايتين ، والحاويين .

وقيل : يستحق الأجرة . وهو تخريج فى المغنى وغيره من الأجنبى . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ذكره عنه فى الفائق .

قلت : وهو قوى .

قوله ﴿ وَلَهُ دَفْعُهُ مُضَارَبَةً ﴾

هذا الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه لا يجوز .

قوله ﴿ بِجُزْءٍ مِنَ الرِّبْحَ ﴾

هو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والكافى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : بأجرة مثله . وقيل : بأقلهما . اختاره ابن عقيل .

قوله ﴿ وَ بَيْعُهُ نَسَاءً ﴾

هذا الصحيح من المذهب ، بشرط أن يكون فيه مصلحة .

قال فى الفروع : وله بيعه نساء على الأصح .

قال فى الوجيز : و بيعه نساء مليئاً برهن يحفظه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والحاويين ، وغيرهم .

وعنه : ليس له ذلك .

قوله ﴿ وَقَرْضُهُ ﴾

يجوز قرضه لمصلحة . على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وهو من المفردات .

قال فى الوجيز : ولمصلحة يقرضه .

قال فى الفروع : وله قرضه ، على الأصح ، لمصلحة .

قال فى الرعاية الكبرى : وله قرضه على الأصح مليئاً . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

قال فى المغنى ، والشرح : يقرضه لحاجة سفر ، أو خوف عليه ، أو غيرهما .

وعنه لايقرضه مطلقاً .

قوله ﴿ بِرَهْنٍ ﴾

هذا أحد الوجهين . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والهادى ، والرعايتين ، والنظم ، والحاويين ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . فقال : يقرضه برهن .

قال ناظم المفردات : قطع به فى المغنى .

قال فى الفروع : وسياق كلامهم : لحظه .

وقال فى المستوعب : وفى قرضه برهن و إشهاد روايتان .

وقال فى الترغيب : وفى قرضه برهن روايتان . انتهى .

والصحيح من المذهب : جواز قرضه للمصلحة ، سواء كان برهن أولا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الشرح ، والفروع .

قال فى المحرر : و يملك قرضه .

قال فى الكافى : فإن لم يأخذ رهناً جاز فى ظاهر كلامه . واقتصر عليه . وأطلقهما فى الفائق .

فوائد

الأولى : قال فى المغنى ، والشرح : فإن أمكن أخذ الرهن . فالأولى له أخذه احتياطاً . فإن تركه : احتمل أن يضمن إن ضاع المال لتفريطه . واحتمل أن لا يضمن . لأن الظاهر سلامته .

وهذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله لكونه لم يذكر الرهن .

قلت : إن رأى المصلحة وأقرضه ثم تلف : لم يضمن . وأطلقهما فى الفائق .

الثانية : يجوز إيداعه مع إمكان قرضه . ذكره فى المغنى ، والشرح .

قال فى الفروع ، فظاهره : متى جاز قرضه جاز إيداعه .

وظاهر كلام الأكثر : يجوز إيداعه . لقولهم « يتصرف بالمصلحة » وقد يراه مصلحة . ولهذا جاز ـ مع إمكان قرضه ـ أن يملكه الشريك ، فى إحدى الروايتين ، دون القرض . لأنه تبرع . والوديعة استنابة فى حفظ . ولا سيما إن جاز

للوكيل التوكيل . ولهذا يتوجه فى المودع رواية . ويتوجه أيضاً فى قرض الشريك رواية .

قال ، وقال فى الكافى : لايودعه إلا لحاجة . ويقرضه لحظه بلا رهن ، وأنه لو سافر أودعه . وقرضه أولى . انتهى .

الثالثة : حيث قلنا : يقرضه . فلا يقرضه لمودة ومكافأة . نص عليه .

الرابعة : قال فى الرعاية الكبرى ، وغيره : ولا يقترض وصى ولا حاكم منه شيئاً . ويأتى فى باب الشفعة : أنه يلزمه أن يأخذ بالشفعة إذا كان ذلك أحظ .

الخامسة : يجوز رهن مالهما للحاجة عند ثقة . وللأب أن يرتهن مالهما من نفسه . ولا يجوز لغيره على المذهب .

وفى المغنى رواية : بالجواز لغيره .

قال الزركشى : وفيها نظر .

قوله ﴿ وَشِرَاءُ العقَارِ لَهُمَا . وَلَهُ بِنَاؤُهُ بِمَا جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ بَلَدِهِ بِهِ ﴾

هكذا قال المصنف فى المغنى ، والشرح ، وصاحب الرعايتين ، والحاويين ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وغيرهم .

قال المصنف : والشارح ، وقال أصحابنا : يبنيه بالآجر والطين . ولايبنيه باللبن وحملا كلامهم على من عادتهم ذلك ، وهو أولى .

وأجراه فى الفائق على ظاهره . وجعل الأول اختيار المصنف .

قوله ﴿ وَلَهُ شِرَاءُ الأُضْحِيَةِ لِلْيَتِيمِ الْمُوسِرِ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾

وهو المذهب . يعنى يستحب له شراؤها .

قال فى الفروع : والتضحية له على الأصح . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين هنا . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم .

وعنه : لايجوز له ذلك .

قال المصنف فى المغنى : يحتمل أن يحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله فى الروايتين على حالين .

فالموضع الذى مَنَع منه : إذا كان الطفل لايعقل التضحية ، ولا يفرح بها ، ولا ينكسر قلبه ، بتركها .

والموضع الذى أجازها : عكس ذلك . انتهى .

وذكره فى النظم قولا . وأطلق الروايتين فى المستوعب ، والرعاية فى باب الأضحية .

وذكر فى الانتصار عن الإمام أحمد رحمه الله : تجب الأضحية عن اليتيم الموسر .

فعلى المذهب : يحرم عليه الصدقة منها بشىء . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم . فيعاملى بها .

قلت : ولو قيل بجواز التصدق منها بما جرت العادة به : لكان متجهاً ، على ماتقدم التنبيه عليه فى بابه .

فائدتان

إحداهما : له تعليمه ماينفعه ، ومداواته بأجرة لمصلحة فى ذلك . وحمله بأجر ليشهد الجماعة . قاله فى المجرد ، والفصول . واقتصر عليه أيضاً فى الفروع .

قال فى المذهب : له أن يأذن له بالصدقة بالشىء اليسير . واقتصر عليه أيضاً فى الفروع .

الثانية : للولى أن يأذن للصغيرة أن تلعب باللعب إذا كانت غير مصورة ، وشراؤها لها بمالها . نص عليهما . وهذا المذهب .

وقيل : من ماله . وصححه الناظم فى آدابه .

وهما احتمالان مطلقان فى التلخيص فى باب اللباس

قوله ﴿ وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُم إِلاَّ لِضَرُورَةٍ ، أَوْ غِبْطَةٍ . وَهُوَ أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِهِ الثُّلُثُ فَصَاعِدًا ﴾

اشترط المصنف ـ رحمه الله ـ لجواز بيع عقارهم وجود أحد شيئين : إما الضرورة ، و إما الغبطة .

فأما الضرورة : فيجوز بيعه لها بلا نزاع . ولـكن خص القاضى الضرورة باحتياجهم إلى كسوة أو نفقة ، أو قضاء دين ، أو مالا بد منه .

وقال غيره : أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه .

ومفهوم كلام المصنف : أنه لايجوز إذا لم تـكن ضرورة ، وهو أحد الوجهين . اختاره القاضى . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم . وكلامهم كـكلام المصنف . وقدمه فى الرعاية الـكبرى .

والصحيح من المذهب : جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

واختاره المصنف فى غير هذا الـكتاب . واختاره الشارح ، والفائق . ومال إليه فى الرعاية الـكبرى .

قال الناظم : هذا أولى . وقدمه فى الفروع .

وأما الغبطة : فيجوز بيعه لها ، بلا نزاع ، لـكن اشترط المصنف « أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِهِ الثُّلُثُ فَصَاعِدًا » وهو أحد الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والهادى ، والحاويين .

وقال القاضى : بزيادة كثيرة ظاهرة على ثمن مثله . ولم يقيده بالثلث ولا غيره . وقدمه فى الرعايتين .

والصحيح من المذهب : جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة . نص عليه ، كما تقدم . سواء حصل زيادة أولا . اختاره المصنف ، والشارح ، والشيخ تقى لدين والناظم .

قال فى الرعاية الـكبرى : هذا نصه . ومال إليه . وقدمه فى الفروع ، والفائق

قوله ﴿ وَمَنْ فُكَّ عَنْهُ الْحَجْرُ فعاوَدَ السَّفَهَ : أُعِيدَ عَلَيْهِ الحَجْرُ ﴾

بلا نزاع . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْظُرُ فِي مَالِهِ إلاَّ الحَاكِمُ ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : ينظر فيه الحاكم ، أو أبوه .

قال ابن أبى موسى : حجر الأب على ابنه البالغ السفيه واجب على أصوله ، حاكما كان أو غير حاكم .

وقيل : ينظر فيه وليه الأول ، كما لو بلغ سفيها .

وقيل : إن زال الحجر بمجرد رشده بلا حكم عاد بالسفه .

فائدة : لو جن بعد رشده فوليه ولى الصغير[1] على الصحيح من المذهب .

وقيل : الحاكم . قدمه[2] فى الرعاية الكبرى .

وقال فى الانتصار : يلى على أبويه المجنونين .

ونقل المروذى : أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف ، أو كان يضع ماله فى الفساد ، أو شراء المغنيات .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْفَكُّ الحَجْرُ إلاَّ بِحُكْمٍ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : يفتقر إلى حكم فى الأصح .

قال الزركشى : هذا الصحيح . وجزم به فى المنتخب ، وغيره . وقدمه فى الشرح وغيره .

(١) وفى الأحمدية « فوليه الحاكم »
(٢) وفى الأحمدية « بل يليه الأب . ذكره »

وقيل : ينفك عنه الحجر بمجرد رشده . اختاره أبو الخطاب .

وقيل : ينفك عنه بمجرد رشده فى غير السفيه . فأما فى السفيه : فلابد من الحكم بفكه .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ ويَصِحُّ تَزَوُّجُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ﴾ أنه لايصح بغير إذنه .

وله حالتان .

إحداهما : أن يكون محتاجاً إلى الزواج . فيصح تزوجه بغير إذنه ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : يصح فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . واختاره القاضى وغيره .

وقيل : لايصح . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافى ، وغيرهم . لأنهم قالوا : يصح بإذنه .

وقال القاضى : يصح بغير إذنه . وأطلقهما فى البلغة .

والحالة الثانية : أن لا يكون محتاجاً إليه . فلا يصح تزوجه ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لم يصح فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح فى باب أركان النكاح . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، وغيرهم .

وقيل : يصح . واختاره القاضى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال فى الوجيز : ويصح تزوجه ، وأطلق . وأطلقهما فى البلغة .

فوائد

الأولى : للولى تزويج السفيه بغير إذنه إذا كان محتاجاً إليه ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : وله تزويج سفيه بلا إذنه فى الأصح .

قال الشارح ـ فى باب أركان النكاح ـ قال أصحابنا : يصح تزويجه من غير إذنه . لأنه عقد معاوضة . فملكه أولى ، كالبيع . وكذا قال المصنف فى المغنى .

وقيل : ليس له ذلك . اختاره المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية الكبرى : والمنع أقيس .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى الرعايتين فى باب النكاح .

فعلى المذهب : فى إجباره وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير فى النكاح .

قلت : الأولى الإجبار إذا كان أصلح له

وقال ابن رزين فى شرحه فى النكاح : والأظهر أنه لايجبره . لأنه لامصلحة فيه .

وظاهر نقل المصنف فى المغنى والشارح : أن الأصحاب قالوا : له إجباره .

الثانية : لو أذن له ، فهى لزوم تعيين المرأة وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لايلزمه بالتعيين ، بل هو مخير . وهو الصحيح .

قال فى المغنى ، والشرح : الولى مخير بين أن يعين له المرأة ، أو يأذن له مطلقاً . ونصراه . وهو الصواب . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : يلزمه تعيين المرأة له . ويتقيد بمهر المثل ، على الصحيح من المذهب . ويحتمل لزومه زيادة إذن فيها ، كتزويجه بها فى أحد الوجهين .

والثانى : تبطل هى للنهى عنها . فلا يلزم أحداً .

قلت : ويحتمل أن تلزم الولى .

وإن عضله الولى استقل بالزواج ، كما تقدم قريباً .

ويأتى بعض ذلك فى باب أركان النكاح .

الثالثة : لو علم من السفيه أنه يطلق إذا زوج : اشترى له أمة .

الرابعة : يصح خلعه ، كطلاقه وظهاره ولعانه و إيلائه ، لكن لا يقبض العوض . فإن قبضه : لم يصح قبضه . على الصحيح من المذهب .

وقال القاضي : يصح .

فعلى المذهب : لو أتلفه لم يضمن . ولا تبرأ المرأة بدفعها إليه .

الخامسة : لو وجب على السفيه كفارة كفر بالصوم . على الصحيح من المذهب كالمفلس .

قلت : فيعايى بها .

وقيل : يكفر به إن لم يصح عتقه ، على ما يأتى قريباً .

فعلى المذهب : لو فك عنه الحجر قبل التكفير ، وقدر على العتق : أعتق .

السادسة : ينفق عليه بالمعروف . فإن أفسدها دفع إليه يوماً بيوم . فلو أفسدها أطعمه بحضوره .

و إن أفسد كسوته ستر عورته فقط فى البيت إن لم يمكن التحيل ولو بتهديد .

و إذا رآه الناس ألبسه . فإذا عاد نزع عنه .

السابعة : يصح تدبيره ووصيته . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح .

و يأتى وصيته فى كتاب الوصايا فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَهَلْ يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحاوى الصغير .

إحداهما : لا يصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال الزركشى ، فى كتاب العتق : هذا أصح الروايتين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية الكبرى : يصح عتقه على الأضعف .

قال فى الفائق : ولا ينفذ عتقه فى أصح الروايتين . وصححه فى النظم . وقدمه فى الكافى ، وغيره .

والرواية الثانية : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى التبصرة : على ماتقدم فى كتاب البيع .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الكبير : ويصح عتقه المنجز ، فى أصح الروايتين .

وتقدم : هل يصح بيعه إذا أذن له الولى ؟ فى كتاب البيع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ : صَحَّ ، وَأُخِذَ بِهِ ﴾

إذا أقر بحد : استوفى منه بلا نزاع . وإن أقر بقصاص ، فطلب إقامته : كان لربه استيفاء ذلك بلا نزاع .

لكن لو عفا على مال : احتمل أن يجب . واحتمل أن لا يجب ، لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال . وقاعدة المذهب : سد الذرائع . وهو الصواب . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

فائدة : لايفرق السفيه زكاة ماله بنفسه . ولا تصح شركته ، ولا حوالته . ولا الحوالة عليه ، ولا ضمانه ، ولا كفالته .

ويصح منه نذر كل عبادة بدنية من حج وغيره .

ولا يصح منه نذر عبادة مالية ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح نذرها وتفعل بعد فك حجره .

قال فى الكافى : قياس قول أصحابنا : يلزمه الوفاء به عند فك حجره كالإقرار .

وتقدم فى أوائل كتاب الحج « إذا أحرم السفيه نفلا » .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ : لَمْ يَلْزَمْهُ فِى حَالِ حَجْرِهِ ﴾

يعنى يصح إقراره . ولا يلزمه فى حال حجره . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى الفروع : والأصح صحة إقراره بمالٍ ، لزمه باختيار أولا .

قال فى الوجيز : و إن أقر بدين ، أو بما يوجب مالا : لزمه بعد حجره ، إن علم استحقاقه فى ذمته حال حجره . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعاية ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَلْزَمَهُ مُطْلَقًا ﴾

و إليه ميل الشارح . واختاره المصنف .

فعلى هذا : لا يصح إقراره بمال .

وتقدم بعض أحكام السفيه فى أوائل كتاب البيع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ ﴾

ولو لم يقدره الحاكم . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب بشرطه الآتى .

وقال فى الإيضاح : يأكل إذا قدره الحاكم و إلا فلا .

تنبيه آخر : ظاهر قوله ﴿ وَيَأْكُلُ بِقَدْرِ عَمَلِهِ ﴾

جواز أكله بقدر عمله ، ولو كان فوق كفايته . وعلى ذلك شرح ابن منجا . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب .

والصحيح من المذهب : أنه لا يأكل إلا الأقل من أجرة مثله ، أو قدر كفايته . جزم به فى الخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب .

قلت : ويمكن أن يقال : هذا الظاهر مردود بقوله (إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ) لأنه إذا أخذ قدر عمله ، وكان أكثر من كفايته : لم يكن محتاجاً إلى الفاضل عن كفايته فلم يجز له أخذه . وهو واضح .

أو يقال : هل الاعتبار بحالة الأخذ ؟ ويحتمله كلام المصنف . أو حيث استغنى امتنع الأخذ ؟

قوله ﴿ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ ﴾

الصحيح من المذهب : أنه لايأكل من مال المولّى عليه إلا مع فقره وحاجته . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى الوجيز : ويأكل الفقير من مال موليه الأقل من كفايته أو أجرته مجانا ، إن شغله عن كسب مايقوم بكفايته . وكذا قال غيره من الأصحاب .

وقال ابن عقيل : يأكل وإن كان غنياً ، قياساً على العامل فى الزكاة . وقال : الآية محمولة على الاستحباب . وحكاه رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقال ابن رزين : يأكل فقير ومن يمنعه من معاشه بالمعروف .

تنبيه : محل ذلك فى غير الأب . فأما الأب : فيجوز له الأكل مع الحاجة وعدمها فى الحكم . ولا يلزمه عوضه . على مايأتى فى باب الهبة .

قال القاضى : ليس له الأكل لأجل عمله ، لغناه عنه بالنفقة الواجبة فى ماله . ولكن له الأكل بجهة التملك عندنا .

وضعف ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ومحل الخلاف أيضاً : إذا لم يفرض له الحاكم . فإن فرض له الحاكم شيئاً : جاز له أخذه مجاناً مع غناه بغير خلاف . قاله فى القاعدة الحادية والسبعين . وقال : هذا ظاهر كلام القاضى .

ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية البرزاطى فى الأم الحاضنة

قوله ﴿ وَهَلْ يَلْزَمُهُ عِوَضُ ذَلِكَ إِذَا أَيْسَرَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والفائق والقواعد الفقهية .

إحداهما : لا يلزمه عوضه إذا أيسر . وهو الصحيح من المذهب .

وقال فى الفروع : ولا يلزمه عوضه بيساره . على الأصح . وصححه المصنف والشارح ، وصاحب التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والرواية الثانية : يلزمه عوضه إذا أيسر .

قال فى الخلاصة : ويلزمه عوضه إذا أيسر على الأصح .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ يُخَرَّجُ فِي النَّاظِرِ فِي الْوَقْفِ ﴾ .

خرجه أبو الخطاب وغيره .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية أبى الحارث وحرب : جواز الأكل منه بالمعروف . قاله فى الفروع ، وغيره .

قال فى الفائق — بعد ذكر التخريج — قلت : وإلحاقه بعامل الزكاة فى الأكل مع الغنى : أولى . كيف وقد نص الإمام أحمد على أكله منه بالمعروف ، ولم يشترط فقراً ؟ ذكره الخلال فى الوقف .

قال فى رواية أبى الحارث : وإن أكل منه بالمعروف فلا بأس . قلت : فيقضى دينه ؟ قال : ماسمعت فيه شيئا . انتهى .

وعنه : يأكل إذا اشترط .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يقدم بمعلومه بلا شرط ، إلا أن يأخذ أجرة عمله مع فقره ، كوصى اليتيم .

وفرق القاضى بين الوصى والوكيل . لأنه يمكنه موافقته على الأجرة . والوكيل يمكنه .

ونقل حنبل — فى الولى والوصى يقومان بأمره — يأكلان بالمعروف . لأنهما كالأجير والوكيل .

وظاهر هذا : النفقة للوكيل .

فائدتان

إحداهما: الحاكم أو أمينه إذا نظر فى مال اليتيم ، فقال القاضى مرة : لا يأكل . وإن أكل الوصى . وفرق بينه وبين الوصى .

وقال مرة : له الأكل . كوصى الأب .

قلت : وهو الصواب . وهو داخل فى عموم كلام المصنف وغيره .

الثانية : الوكيل فى الصدقة لا يأكل منهـا شيئا لأجل العمل . نص عليه .

وقد صرح القاضى فى المجرد بأن من أوصى إليه بتفرقة مال على المساكين ، أو دفع إليه رجل فى حياته مالا ليفرقه صدقة : لم يجز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه . لأنه منفعة . وليس بعامل مُنَمٍّ مُثمر .

قوله ﴿وَمَتَى زَالَ الْحَجْرُ، فَادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ تعَدِّيًا ، أَوْ مَا يُوجِبُ ضَمانًا : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِى﴾ بلا نزاع .

جزم به الأصحاب . منهم صاحب الفروع . وقال : ما لم تخالفه عادة وعرف . ويحلف غير الحاكم . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويحلف غير الحاكم على الأصح .

قال فى الرعاية : وغير الحاكم يحلف . على المذهب إن اتهم .

وعنه : يقبل قوله من غير يمين .

قوله ﴿وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ قَولُهُ فِى دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ رُشْدِهِ﴾ .

وهو المذهب . قاله المصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز ، وشرح ابن منجا ، والهداية ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى القواعد وغيره : هذا المذهب .

ويحتمل أن لا يقبل قوله إلا ببينة .

قلت : وهو قوى .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين : وخرج طائفة من الأصحاب ـ فى وصى اليتيم ـ أنه لا يقبل قوله فى الرد بدون بينة . وعزاه القاضى فى خلافه إلى قول الخرقى وهو متوجه على هذا المأخذ . لأن الإشهاد بالدفع مأمور به بنص القرآن .

وقد صرح أبو الخطاب فى انتصاره باشتراط الشهادة عليه ، كالنكاح . انتهى .

تنبيه : محل هذا : إن كان متبرعاً .

فأما إن كان بجعل : فلا يقبل قوله إلا ببينة . على الصحيح من المذهب . ذكره فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم فى الرهن .

وقيل : يقبل مطلقاً . وهو ظاهر كلام المصنف وجماعة .

فائدة : يقبل قول الأب ، والوصى ، والحاكم ، وأمينه ، وحاضن الطفل ، وقيِّمه ، حال الحجر و بعده ، فى النفقة وقدرها وجوازها ووجود الضرورة والغبطة والمصلحة فى البيع والتلف .

و يحتمل أن لا يقبل قوله إلا فى الأحظية فى البيع إلا ببينة . فلو قال « مات أبى من سنة » أو قال « أنفقت علىّ من سنة » فقال الوصى : بل من سنتين . قدم قول الصبى .

قوله ﴿ وَهَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَحْجُرَ عَلَى امْرَأَتِهِ فِى التَّبَرُّعِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْ مَالِهَا ؟ عَلَى روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعاية الكبرى .

إحداهما : ليس له منعها من ذلك . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح ، والفائق ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، ونهاية ابن رزين ، ونظمها ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والمحرر . ذكره فى آخر باب الهبة .

قال فى تجريد العناية : وتتصدق من مالها بما شاءت . على الأظهر .

والرواية الثانية : له منعها من الزيادة على الثلث . فلا يجوز لها ذلك إلا بإذنه . ونصره القاضى وأصحابه . وصححه فى الخلاصة . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا كانت رشيدة . فأما غير الرشيدة : فهى ممنوعة مطلقاً .

الثانى : مفهوم قوله « بما زاد على الثلث » أنه لا يحجر عليها فى التبرع بالثلث فأقل . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال فى الكافى : وهو قول أصحابنا . وصححه فى الفائق ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وعنه : له ذلك . صححها فى عيون المسائل . فلا ينفذ عتقها . وأطلقهما فى الكافى .

ويأتى فى آخر الباب « إذا تبرعت من مال زوجها » .

قوله ﴿ يَجُوزُ لِوَلِيِّ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ : أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ ، فى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهى المذهب . وعليه الأصحاب .

والرواية الثانية : لا يجوز .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلَا يَنْفَكُّ عَنْهُمَا الْحَجْرُ إِلَّا فِيمَا أُذِنَ لَهُمَا فِيه ﴾ .

ينفك عنهما الحجر فيما أذن لهما فيه ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم . ونص عليه .

وفى طريقة بعض الأصحاب : لا ينفك الحجر عنهما . لأنه لو انفك لما تصور عوده ، ولما اعتبر علم العبد بإذنه .

قوله ﴿ وفى النوع الَّذى أُمِرَا بِهِ ﴾ .

يعنى ينفك عنهما الحجر فى النوع الذى أمرا به فقط . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر فى الانتصار رواية : أنه إن أذن لعبده فى نوع ، ولم ينهه عن غيره ملكه .

فائدة : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم : أنه كمضارب فى البيع نسيئة وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِى جَمِيعِ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ : لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ ، وَلاَ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِغَيْرِهِ ﴾ .

بلا نزاع . لكن فى جواز إجارة عبيده و بهائمه خلاف فى الانتصار .

قوله ﴿ وَإِنْ رَآهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَلِيُّهُ يَتَّجِر ، فَلَمْ يَنْهَهُ : لَمْ يَصِرْ مَأْذُوناً لَهُ ﴾

بلا نزاع . لكن قال الشيخ تقى الدين : الذى ينبغى أن يقال ــ فيما إذا رأى عبده يبيع فلم ينهه ، وفى جميع المواضع ــ أنه لا يكون إذناً ، ولا يصح التصرف . ولكن يكون تغريراً . فيكون ضامناً ، بحيث إنه ليس له أن يطالب المشترى بالضمان . فإن ترك الواجب عندنا كفعل المحرم ، كما نقول فيمن قدر على إنجاء إنسان من هلكة . بل الضمان هنا أقوى .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ؟ على وجهين ﴾ .

وهما مبنيان على الخلاف فى جواز توكيل الوكيل . على ما يأتى فى بابه .

وهذه طريقة الجمهور . منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب الهداية ،

والمستوعب ، والفروع ، وابن منجا فى شرحه ، وغيرهم ، وصاحب التلخيص أيضاً فى هذا الباب .

وقال فى التلخيص ، فى باب الوكالة : ليس له أن يوكل بدون إذن أو عرف . جعله أصلا فى عدم توكيل الوكيل .

فائدة : هل للصبى المأذون له أن يوكل ؟ قال فى الكافى : هو كالوكيل .

قلت : لو قيل بعدم جوازه مطلقاً ، لكان متجها .

قوله ﴿ وَمَا اسْتَدَانَ العَبْدُ فَهُوَ فِى رَقَبَتِهِ يَفْدِيهِ سَيِّده ، أَوْ يُسَلِّمُهُ وَعَنْهُ : يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ، يُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ ، إلاّ المأْذُونَ لَهُ : هَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةُ سَيِّدِهِ ؟ على روايتين ﴾

ذكر المصنف للعبد إذا استدان حالتين .

إحداهما : أن يكون غير مأذون له . فلا يصح تصرفه ، لكن إن تصرف فى عين المال ــ إما لنفسه أو للغير ــ فهو كالغاصب ، أو كالفضولى ، على ما هو مقرر فى مواضعه .

و إن تصرف فى ذمته بشراء أو قرض : لم يصح ، على الصحيح من المذهب .

وعنه : يصح ، و يتبع به بعد عتقه . ذكره فى الفروع فى كتاب البيع .

وذكر المصنف الخلاف ، وصاحب الشرح وغيرهما : احتمالين ، وصاحب التلخيص وجهين .

فعلى المذهب : إن وجد ما أخذه فله أخذه منه ومن السيد إن كان بيده . فإن تلف من العبد فى يد السيد رجع عليه بذلك . و إن شاء كان متعلقاً برقبة العبد . قاله المصنف وغيره .

و إن أهلكه العبد ، فقدم المصنف : أنه يتعلق برقبته يفديه سيده أو يسلمه . وهو المذهب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم الخرقى ، وأبو بكر ، وغيرهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : هذا المشهور . وهو من المفردات .

والرواية الثانية : يتعلق بذمته ، ويتبع به بعد العتق . وقدمه فى الخلاصة .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والزركشى . وتقدم رواية حنبل .

وعنه : إن فداه فداه بكل الحق بالغاً مابلغ . ذكرها فى التلخيص وغيره .

وعنه إن علم رب العين أنه عبد فلا شىء له . نص عليه فى رواية حنبل كما تقدم .

فعلى المذهب : لو أعتقه سيده . فعلى السيد الذى عليه . نقله أبو طالب ، واقتصر عليه فى الفروع .

وعلى الرواية الثانية ، فى أصل المسألة ــ وهوصحة تصرفه إذا تلف ــضمنه بالمسمى

وعلى المذهب : يضمنه بمثله إن كان مثلياً ، و إلا بقيمته .

وعلى الرواية الثالثة أيضاً : إن وجده فى يد العبد انتزعه صاحبه منه لتحقق إعساره . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم .

و إن كان فى يد السيد : لم ينتزع منه ، على الصحيح من المذهب . جزم به المصنف ، والشارح وغيرهما .

قال الزركشى : هذا المشهور .

واختار صاحب التلخيص : جواز الانتزاع منه . انتهى .

و إن تلف فى يد السيد لم يضمنه . وهل يتعلق ثمنه برقبة العبد أو بذمته ؟ على الخلاف المتقدم . وكذا إن تلف فى يد العبد المسمى ، فمقتضى كلام المجد : أنه لايتبرع ، و إن كان بيد العبد . وأن الثمن يتعلق بذمته . قاله الزركشى .

قال : و يظهر قول المجد : إن علم البائع أو المقرض بالحال ، و إن لم يعلم ، فيتوجه قول الأكثرين .

الحالة الثانية : أن يكون مأذوناً له ، ويستدين . فيتعلق بذمة سيده . على الصحيح من المذهب . لأنه تصرف لغيره . ولهذا له الحجر عليه . وتصرف فى بيع خيار بفسخ أو إمضاء ، وثبوت الملك . و ينعزل وكيله بعزل سيده للموكل . فلذلك تعلق بذمة سيده . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وناظم المفردات ، وغيرهم .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايات . واختيار القاضى ، والخرقى وأبى الخطاب ، وغيرهم . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، والحاويين ، وغيرهم . وصححه فى التصحيح ، والنظم ، وغيرها . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : يتعلق برقبته . وأطلقهما المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والتلخيص ، والشرح ، والزركشى ، وغيرهم .

قال الزركشى : و بنى الشيخ تقى الدين رحمه الله الروايتين على أن تصرفه مع الإذن هل هو لسيده . فيتعلق بذمته كوكيله ، أو لنفسه فيتعلق برقبته ؟ على روايتين . انتهى .

وعنه : يتعلق بذمة سيده و برقبته .

وذكر فى الوسيلة رواية : يتعلق بذمة العبد .

ونقل صالح وعبد الله : يؤخذ السيد بما استدان لما أذن له فيه فقط .

ونقل ابن منصور : إذا ادَّان فعلى سيده ، و إن جنى فعلى سيده .

وقال فى الروضة : إن أذن مطلقاً : لزمه كل ما ادّان . و إن قيده بنوع لم يذكر فيه استدانة ، فبرقبته كغير المأذون .

تنبيهات

الأول : يكون التعلق بالدين كله ، على الصحيح من المذهب . نقله الجماعة عن

الإمام أحمد رحمه الله . واختاره جماعة من الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وفى الوسيلة : يتعلق بقدر قيمته . ونقله مهنا .

الثانى : محل الخلاف المتقدم فى الحالتين : إنما هو فى الديون .

أما أروش جنايته ، وقيم متلفاته : فتتعلق برقبته رواية واحدة . قاله المصنف ، والشارح وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وتقدم قريباً رواية ابن منصور : إن جنى فعلى سيده .

الثالث : عموم كلام المصنف ، وكثير من الأصحاب : يقتضى جريان الخلاف وإن كان فى يده مال . وهو صحيح . وقطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وجعل ابن حمدان فى رعايته محل الخلاف : فيما إذا عجز ما فى يده عن الدين .

فائدتان

إحداهما : حكم ما استدانه أو اقترضه بإذن السيد حكم مااستدانه للتجارة بإذنه . قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب الرعاية ، وغيرهم .

وقطع فى التلخيص والبلغة بلزومه للسيد ، وكذا قال الشيخ تقى الدين . وهو ظاهر كلام المجد .

الثانية : لافرق فيما استدانه بين أن يكون فيما أذن له فيه ، أو فى الذى لم يؤذن له فيه ، كما لو أذن له فى التجارة فى البر فيتجر فى غيره . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الرعاية ، والفروع ، وغيرهم . ونقله أبو طالب .

قال الزركشى : وفيه نظر . وهو كما قال .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمَأْذُونَ لَهُ شَيْئًا : لَمْ يَصِحَّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره

ابن عبدوس وغيره . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

قوله ﴿وَيَصِحُّ فِى الآخَرِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدرِ قِيمَتِه﴾

وهو رواية فى الرعاية ، والحاوى ، والفائق وغيرهم . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وقيل : يصح مطلقا . ذكره فى الفروع .

وأما شراء السيد من عبده : فيأتى فى كلام المصنف فى المضاربة فى قوله « وكذا شراء السيد من عبده » .

فائدة : لو ثبت على عبد دين ـ زاد فى الرعاية : أو أرش جناية ـ ثم ملكه من له الدين أو الأرش : سقط عنه ذلك ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين ، وغيره .

وقيل : لا يسقط . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع . ذكروه فى كتاب الصداق .

قوله ﴿وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ فِى قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال أبو بكر ، وابن أبى موسى : إنما يصح إقرار الصبى فيما أذن له فيه من التجارة ، إن كان يسيرا .

وأطلق فى الروضة : صحة إقرار المميز .

وذكر الأدمى البغدادى : أن السفيه والمميز إن أقرا بحد أو قود أو نسب أو طلاق : لزم . وإن أقرا بمال أخذ بعد الحجر .

قال فى الفروع : كذا قال . وإنما ذلك فى السفيه . وهو كما قال .

ويأتى ذلك فى كتاب الإقرار بأتم من هذا .

ويأتى هناك إقرار العبد غير المأذون له فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، ثم أُذِنَ لَهُ فَأَقَرَّ بِهِ : صَحَّ ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال : ذكره الأزجى وصاحب الترغيب وغيرهما .

وقيل : إنما ذلك فى الصبى فى الشىء اليسير .

ومنع فى الانتصار عدم الصحة ، ثم سلم ذلك .

فائدة : لو اشترى من يعتق على سيده بلا إذنه : صح .

قال فى الرعاية الكبرى : صح فى الأصح . وجزم به فى الهداية ، ورءوس المسائل له .

وأقره فى شرح الهداية . وجزم به أيضاً فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه ابن رزين فى شرحه فى باب المضاربة .

وقيل : لايصح . صححه فى النظم ، وشيخنا فى تصحيح المحرر . واختاره القاضى قاله المجد فى شرحه ، والمصنف فى المغنى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح فى باب المضاربة ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق . والفروع . وزاد : لو اشترى من يعتق على امرأته وزوج صاحبة المال .

وقال فى الرعاية الكبرى ، فى باب الكتابة : وإن اشترى زوجته : انفسخ نكاحها . وإن اشترى زوجة سيده : احتمل وجهين . انتهى .

وكذا الحكم لو اشترى امرأة سيده ، أو صاحبة المال . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم فى باب المضاربة .

فعلى الأول : لو كان عليه دين . فقيل : يباع فيه . قدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يعتق . وهو احتمال فى الرعاية . وأطلقهما فى الفروع .

ويأتى نظيرها « لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال فى المضاربة » .

وقد تقدم فى أول كتاب الزكاة : هل يملك العبد بالتمليك أم لا ؟ وذكرنا هناك فوائد جمة . ذكرها أكثر الأصحاب هنا . فلتراجع هناك .

قوله ﴿ وَلاَ يبْطُلُ الْإِذْنُ بِالإِبَاقِ ﴾

هذا الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ولا يبطل إذنه بإباقه فى الأصح . واختاره القاضى . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقيل : يبطل . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المستوعب .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى التلخيص .

فائدة : لو دبره ، أو استولدها : لم يبطل إذنه . جزم به فى الفروع .

وفى بطلان إذنه بكتابة وحرية وأسر : خلاف فى الانتصار .

وفى الموجز والتبصرة : يزول ملكه بحرية وغيرها ، كحجر على سيده .

وقال فى الرعاية الكبرى . والمستوعب : يبطل إذنه بخروجه عن ملكه ببيع أو هبة أو صدقة أو سبي . وجزما بأنه يبطل إذنه بإيلادها وهو بعيد .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ تَبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بِهِبَةِ الدَّرَاهِمِ وَكُسْوَةِ الثِّيَابِ ﴾

بلا نزاع .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ ﴾ يعْنِى لِلْعَبْدِ ﴿ هَدِيَّتُهُ لِلْمَأْكُولِ وَإِعَارَةُ دَابَّتِهِ ﴾

وكذا عمل دعوة ونحوه من غير إسراف فى الكل . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايجوز . اختاره الأزجى .

قوله ﴿ وَهَلْ لِغَيْرِ المَأْذُونِ لَهُ الصَّدَقَهُ مِنْ قُوتِهِ بِالرَّغِيفِ إِذَا لَمْ يَضُرُّ بِهِ ؟ على روايتين ﴾

يعنى للعبد . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفائق .

إحداهما : يجوز له ذلك . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وغيرهما . واختاره ابن عبدوس ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر . والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لايجوز .

فائدة : لاتصح هبة العبد إلا بإذن سيده . نص عليه فى رواية حنبل .

قال الحارثى : وهذا على كلا الروايتين : الملك ، وعدمه .

قوله ﴿ وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِنَحْوِ ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والكافى ، والتلخيص ، والفائق .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، والنظم ، وغيرهم .

قال الناظم وغيره : لها ذلك مالم يمنعها . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وغيره . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع .

وقال : والمراد إلا أن يضطرب العرف ، ويشك فى رضاه . أو يكون بخيلا ، وتشك فى رضاه . فلا يصح .

والرواية الثانية : لايجوز . نقلها أبو طالب ، كصدقة الرجل من طعام المرأة . وكمن يطعمها بفرض ولم يعلم رضاه .

قال فى الفروع : ولم يفرق الإمام أحمد رحمه الله :

باب الوكالة

فائدة « الوكالة » عبارة عن إذن فى تصرف يملكه الآذن فيما تدخله النيابة . قاله فى الرعاية الـكبرى .

وقال فى الوجيز : هى عبارة عن استنابة الجائز التصرف مثله فيما له فعله حال الحياة .

وقال الزركشى : هى فى الاصطلاح : التفويض فى شىء خاص فى الحياة . وليس بجامع .

وقال فى المستوعب : هى عبارة عن استنابة الغير فيما تدخله النيابة .

قوله ﴿ تَصِحُّ الوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الإِذْنِ ﴾

كقوله « وكلتك فى كذا » أو « فوضته إليك » أو « أذنت لك فيه » أو « بعه » أو « أعتقه » أو « كاتبه » ونحو ذلك . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ونقل جعفر : إذا قال « بع هذا » ليس بشىء ، حتى يقول « قد وكلتك »

قال فى المغنى ، ومن تبعه ـ قبل قول الخرقى . و إذا وكله فى طلاق زوجته بسطر ين ـ هذا سهو من الناسخ .

وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل . وهو الذى نقله الجماعة . انتهى .

وتأوله القاضى على التأكيد ، لنصه على انعقاد البيع باللفظ والمعاطاة . فـكذا الوكالة .

قال ابن عقيل : هذا دأب شيخنا : أن يحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله على أظهره ، و يصرفه عن ظاهره . والواجب أن يقال : كل لفظ رواية . و يصحح الصحيح .

قال الأزجى : ينبغى أن يعول فى المذهب على هذا حتى لا يصير المذهب رواية واحدة . وقال الناظم :

وكل مقال يفهم منه الإذن صححن به عقدها من مطلق ومقيد
وعنه : سوى فوضت أمر كذا له ووكلته فيه اردده فنعِّد

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : عدم صحة الوكالة بالفعل الدال عليها من الموكل ، وهو صحيح .

وقال فى الفروع : دل كلام القاضى المتقدم على انعقاد الوكالة بالفعل من الموكل الدال عليها ، كالبيع . قال : وهو ظاهر كلام الشيخ — يعنى به المصنف — فيمن دفع ثو به إلى قصار ، أو خياط . وهو أظهر . انتهى .

قوله ﴿ وَكُلُّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَى القَبُولِ ﴾ .

يصح القبول بكل قول من الوكيل يدل عليه . بلا نزاع . وكذا كل فعل يدل عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره ، وصححه . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى القواعد : صرح به الأصحاب .

وقيل : لا ينعقد القبول بالفعل .

فوائد

الأولى : مثل ذلك سائر العقود الجائزة ، كالشركة ، والمضاربة ، والمساقاة ، فى أن القبول يصح بالفعل .

قال فى القواعد : ظاهر كلام صاحب التلخيص ، أو صريحه : أن هذه العقود مثل الوكالة .

الثانية : يشترط لصحة الوكالة تعيين الوكيل . قاله القاضي ، وأصحابه ، وغيرهم . في مسألة : تصدّقْ بالدين الذي عليك .

وقال أبو الخطاب في الانتصار : لو وكل زيداً ، وهو لا يعرفه ، أو لم يعرف الوكيل موكله : لم تصح .

الثالثة : تصح الوكالة مؤقتة بلا نزاع ، ومعلقة بشرط . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقطع به أكثرهم ، كوصية ، وإباحة أكل ، وقضاء ، وإمارة ، وكتعليق تصرف . كقوله « وكلتك الآن أن تبيع بعد شهر » أو « تعتقه إذا جاء المطر » أو « تطلق هذه إذا جاء زيد » .

وقال في عيون المسائل — في تعليق وقف بشرط — : لايصح تعليق توكيل . لأنه علقه بصفة ، وأنه يصح تعليق تصرف .

وقيل : لا يصح تعليق فسخ .

الرابعة : لو أبى أن يقبل الوكالة قولا أو فعلا . فهو كعزله نفسه . قاله في الرعاية الكبرى .

قلت : ويحتمل لا .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ التَّوْكِيلُ وَالتَّوَكُّلُ فِي شَيْءٍ ، إلاَّ مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ﴾ .

هذا المذهب . من حيث الجملة .

فعلى هذا : لوكله في بيع ماسيملكه ، أو في طلاق من يتزوجها : لم يصح . إذ البيع والطلاق لم يملكه في الحال . ذكره الأزجي . وهو ظاهر ماقدمه في الفروع .

وذكر غيره — منهم صاحب الرعاية الكبرى — لو قال : إن تزوجت هذه

فقد وكلتك فى طلاقها ، و إن اشتريت هذا العبد ، فقد وكلتك فى عتقه : صح . إن قلنا : يصح تعليقهما على ملكيهما ، و إلا فلا .

وقال فى التلخيص : قياس المذهب : صحة ماإذا قال : إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك فى طلاقها .

قال فى القواعد : و يتخرج وجه لا يصح .

تنبيه : يستثنى من هذه القاعدة : صحة توكيل الحر الواجد الطول فى قبول نكاح الأمة لمن تباح له ، وصحة توكيل الغنى فى قبض الزكاة لفقير . لأن سلبهما القدرة تنزيهاً لمعنى يقتضى منع الوكالة ، قاله الأصحاب .

وليس للمرأة أن تطلق نفسها . و يجوز أن تطلق نفسها بالوكالة ، وامرأة غيرها .

و يجوز للرجل أن يقبل نكاح أخته من أبيه لأجنبى ونحو ذلك . قاله فى الوجيز وغيره .

فائدة : صحة وكالة المميز فى الطلاق وغيره : مبنى على صحته منه ، على الصحيح من المذهب .

وفى الرعاية : فيه لنفسه ، أو غيره : روايتان بلا إذن . وفيه فى المذهب لنفسه روايتان .

و يأتى فى كلام المصنف : لو وكل العبد فى شراء نفسه من سيده . وأحكاماً أخر .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِى حَقِّ كُلِّ آدَمِىٍّ : مِنَ الْعُقُودِ ، وَالْفُسُوخِ ، وَالْعِتْقِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالرَّجْعَةِ ﴾ .

يشمل كلامه : الحوالة ، والرهن ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والوديعة ، والمضاربة ، والجعالة ، والمساقاة ، والإجارة ، والقرض ، والصلح ، والهبة ، والصدقة ، والوصية ، والإبراء ، ونحو ذلك . لا نعلم فيه خلافاً . وكذا المكاتبة ، والتدبير ، والإنفاق ، والقسمة ، والحكومة . وكذا الوكالة فى الوقف . ذكره الزركشى ، وابن رزين . وحكاه فى الجميع إجماعاً .

تنبيه : قوله ﴿ وَالْعِتْقِ ، وَالطَّلَاقِ ﴾ .

يجوز التوكيل فى العتق والطلاق . بلا نزاع . لكن لو وكل عبده أو غريمه أو امرأته فى إعتاق عبيده ، و إبراء غرمائه ، وطلاق نسائه : لم يملك عتق نفسه ، ولا طلاقها ، ولا إبراءها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يملك ذلك . وجزم به الأزجى فى العتق والإبراء .

فائدتان

إحداهما : لو أذن له أن يتصدق بمال : لم يجز له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصدقة . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن بختان ويحتمل الجواز مطلقاً .

ويحتمل الجواز إن دلت قرينة على إرادة أخذه منه . ذكرهما فى المغنى .

ويأتى فى أركان النكاح : هل للوكيل فى النكاح أن يزوج نفسه ، أم لا ؟

الثانية : يجوز التوكيل فى الإقرار .

والصحيح من المذهب : أن الوكالة فيه إقرار . جزم به فى المحرر ، والحاويين ، والفائق ، والفخر فى طريقته .

قال فى الرعاية الصغرى : والتوكيل فى الإقرار : إقرار فى الأصح .

وقال فى الكبرى : وفى صحة التوكيل فى الإقرار والصلح : وجهان .

وقيل : التوكيل فى الإقرار : إقرار .

وقيل : بقولِ « جعلته مقراً » انتهى .

وظاهر كلام الأكثرين : أنه ليس بإقرار . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع وغيره .

وقال الأزجى : لابد من تعيين مايقر به ، و إلا رجع فى تفسيره إلى الموكل .

قوله ﴿ وَتَمَلُّكُ الْمُبَاحَاتِ مِنَ الصَّيْدِ وَالْحَشِيشِ ونحوه ﴾

كإحياء الموات ، واستقاء الماء . يعنى أنه يجوز التوكيل فى تملك المباحات . لأنه تملك مال بسبب لايتعين عليه . فجاز ، كالابتياع والاتهاب . وهـذا الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : وتصح الشركة والوكالة فى تملك مباح فى الأصح . كالاستئجار عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح .

قلت : والنفس تميل إلى ذلك . لأن الموكل لا يملـكه عنـد الوكالة . وهو من المباحات . فمن استولى عليه ملـكه .

قال فى الرعاية الـكبرى ، وقيل : من وكل فى احتشاش واحتطاب . فهل يملك الوكيل ما أخذه أو موكله ؟ يحتمل وجهين . انتهى .

قوله ﴿ إلاَّ الظِّهَارَ وَاللِّعَانَ وَالأَيْمَانَ ﴾

وكذا الإيلاء ، والقسامة ، والشهادة ، والمعصية .

ويأتى حكم الوكالة فى العبادات .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّـكَاحَ وَمَنْ يُزَوِّجُ مُوَلِّيَتَه ﴾ .

هذا المذهب بشرطه . فيشترط لصحة عقد النكاح : تسمية الموكل فى صلب العقد . ذكره فى الانتصار ، والمغنى ، والشرح .

وقال فى الرعاية الـكبرى : وإن قال « قبلت هـذا النكاح » ونوى أنه قبله لموكله ، و يذكره : صح .

قلت : ويحتمل ضده . بخلاف البيع . انتهى .

قال فى الترغيب : لو قال الوكيل « قبلت نكاحها » ولم يقل « لفلان » فوجهان . وأطلقهما فى الفروع .

ويأتى ذلك أيضاً فى باب أركان النكاح عند قوله « ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ، وإن كان حاضراً » بأتم من هذا .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمُوَلِّيَتِهِ ﴾ .

فعلى هذا : لايصح توكيل فاسق فى إيجاب النكاح إلا على رواية عدم اشتراط عدالة الولى . على مايأتى فى باب أركان النكاح إن شاء الله تعالى .

وأما قبول النكاح منه : فيصح لنفسه . فكذا يصح لغيره . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وفى قوله ﴿ وَلَا يَصِحُّ التَّوَكِيلُ وَلَا التَّوَكُّلُ فِي شَيْءٍ إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفه فيه ﴾ .

واختاره أبو الخطاب ، وابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قال المصنف ، والشارح : وهو القياس . وقدمه فى الكافى ، والمغنى . وصححه ابن نصر الله فى حواشيه .

وقال القاضى : لايصح قبوله لغيره .

قال فى التلخيص : اختاره أصحابنا إلا ابن عقيل . وقدمه فى الرعاية الكبرى وشرح ابن رزين . وصححه الناظم .

قال فى الوجيز : ولا يوكل فاسق فى نكاح . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

ويأتى ذلك أيضاً فى أركان النكاح .

وأما السفيه ، فقيل : يصح أن يكون وكيلا فى الإيجاب والقبول . اختاره ابن عقيل فى تذكرته .

وقيل : لايصح فيهما . قدمه فى الرعاية الكبرى . وصححه الناظم . وجزم به صاحب الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، وابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

وقيل : يصح فى قبول النكاح دون إيجابه .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إن قلنا « يتزوج السفيه بغير إذن وليه » فله أن يوكل و يتوكل فى إيجابه وقبوله ، و إلا فلا . انتهى .

وهو الصواب . وظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقد تقدم فى الباب الذى قبله : هل للولى أن يزوجه بغير إذنه أم لا ؟ وهل يباشر العقد أم لا ؟ .

و يأتى فى أركان النكاح : هل للوكيل المطلق فى النكاح أن يتزوجها لنفسه أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ فِى كُلِّ حَقٍّ لِلهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ مِنَ العِبَادَتِ ﴾ .

كالصَّدَقَاتِ وَالزَّكَوَاتِ وَالمَنْذُورَاتِ والكفارات . بلا نزاع أعلمه .

وأما العبادات البدنية المحضة ـ كالصلاة ، والصوم ، والطهارة من الحدث ـ فلا يجوز التوكيل فيها ، إلا الصوم المنذور يفعل عن الميت ، على ماتقدم فى بابه ، وليس ذلك بوكالة .

و يصح التوكيل فى الحج . وركعتى الطواف فيه تدخل تبعاً له .

قوله ﴿ وَالْحُدُودُ فِى إِثْبَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والنظم . واختاره القاضى فى المجرد ، وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المغنى ، والشرح وشرح ابن رزين ، ونصروه . وقدمه ابن منجا فى شرحه .

وقال أبو الخطاب : لاتصح الوكالة فى إثباته ، وتصح فى استيفائه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة . وقدمه فى المستوعب .

قال ابن رزين فى شرحه : وليس بشىء . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ الاسْتِيفَاءُ فِى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وَغَيْبَتِـه ، إلاَّ القِصَاصَ وَحَدَّ القَذْفِ ، عِنْدَ بَعْضَ أَصْحَابِنَا : لَا يَجُوزُ فِى غَيْبَتِهِ ﴾ .

منهم ابن بطة ، وابن عبدوس فى تذكرته . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . ذكرها ابن أبى موسى ومن بعده .

قال ابن رزين ، عن هـذا القول : وليس بشىء . والصحيح من المذهب : جواز استيفائهما فى غيبة الموكل .

قال فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين فى شرحه : هذا ظاهر المذهب .

قال ابن منجا فى شرحه ، وصاحب الفائق : هـذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

فعلى المذهب : لو استوفى القصاص بعد عزله ، ولم يعلم : فنى ضمان الموكل وجهان .

قال أبو بكر : لا ضمان على الوكيل .

فمن الأصحاب من قال : لعدم تفريطه .

ومنهم من قال : لأن عفو موكله لم يصح ، حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه . فهو كما لو عفا بعد الرمى .

قال أبو بكر : وهل يلزم الموكل ؟ على قولين .

وللأصحاب طريقة ثانية ، وهى : البناء على انعزاله قبل العلم .

فإن قلنا : لا ينعزل لم يصح العفو ، وإن قلنا : ينعزل صح العفو ، وضمن الوكيل . وهل يرجع على الموكل ؟ على وجهين .

أحدهما : يرجع لتغريره . والثانى : لا .

فعلى هـذا : فالدية على عاقلة الوكيل عند أبى الخطاب ، لأنه خطأ . وعند القاضى : فى ماله ، وهو بعيد . وقد يقال : هو شبه عمد . قاله المصنف .

وللأصحاب طريقة ثالثة ، وهى : إن قلنا لاينعزل : لم يضمن الوكيل . وهل يضمن العامى ؟ على وجهين ، بناء على صحة عفوه ،وترددا بين تغريره و إحسانه ، و إن قلنا : ينعزل لزمته الدية .

وهل تكون فى ماله أو على عاقلته ؟ فيه وجهان . وهى طريقة أبى الخطاب ، وصاحب الترغيب . وزاد : و إذا قلنا فى ماله ، فهل يرجع بها على الموكل ؟ على وجهين

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِلوَكِيلِ التّوكِيْلُ فِيما يَتَوَلَّى مِثلَه بِنفْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يجوز . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وقواعد ابن رجب وغيرهم .

قوله ﴿ وَكذلِكَ الوَصِىُّ وَالحَاكِمُ ﴾ .

يعنى أنه إذا أوصى إليهم فى شىء : هل له أن يوكل من يعمله ؟ وهل للحاكم أن يستنيب غيره فيما يتولى مثله ؟ فقطع المصنف : أن الوصى فى جواز التوكيل وعدمه كالوكيل ، خلافاً ومذهباً . وهو إحدى الطريقتين . وهو المذهب . وهى طريقة القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب الهداية ، والمستوعب ، والمصنف ، والشارح ، وابن رزين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمها فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

والطريقة الثانية : يجوز للوصى التوكيل ، و إن منعناه فى الوكيل . ورجحه القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب أيضاً . وقدمه فى المحرر ، والنظم .

قلت : وهو الصواب . لأنه متصرف بالولاية ، وليس وكيلاً محضاً . فإنه متصرف بعد الموت ، بخلاف الوكيل . ولأنه تعتبر عدالته وأمانته .

وأما إسناد الوصية من الوصى إلى غيره : فيأتى فى كلام المصنف فى باب الموصى إليه .

وأما الحاكم : فقطع المصنف أيضاً : أنه كالوكيل فى جواز استنابة غيره . وهو المذهب . وهو إحدى الطريقتين أيضاً . وهى طريقة القاضى فى المجرد ، والخلاف ، وصاحب الهداية ، والمستوعب ، والمصنف . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والشرح ، وغيرهم .

والطريقة الثانية : يجوز له الاستنابة والاستخلاف . وإن منعنا الوكيل منها . وهى طريقة القاضى فى الأحكام السلطانية ، وابن عقيل . واختاره الناظم . وقدمه فى المحرر . ونص عليه فى رواية مهنا .

قال ابن رجب فى قواعده : بناء على أن القاضى ليس بنائب للامام . بل هو ناظر للمسلمين لا عن ولاية . ولهذا لا ينعزل بموته ولا بعزله . فيكون حكمه فى ولايته حكم الإمام ، بخلاف الوكيل . ولأن الحاكم يضيق عليه تولى جميع الأحكام بنفسه ، ويؤدى ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة ، فأشبه من وكل فيما لا يمكنه مباشرته عادة لكثرته . انتهى .

وألحق بالحاكم أمينه فى الرعايتين ، والحاويين .

فوائد

تشبه ما تقدم .

منها : الشريك ، والمضارب : هل لهما أن يوكلا أم لا ؟ ويأتى ذلك فى شركة العنان ، ونتكلم عليها هناك .

ومنها : الولى فى النكاح : هل يجوز له أن يوكل أو لا ؟ فلا يخلو : إما أن يكون مجبراً أو لا . فإن كان مجبراً : فلا إشكال فى جواز توكيله . لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة . ولذلك لا يعتبر معه إذنها . وقطع بهذا الجمهور .

وقيل : لا يجوز . حكاه فى الرعاية الكبرى .

وإن كان غير مجبر : ففيه طريقان .

أحدهما : يجوز له التوكيل . وإن منعنا الوكيل من التوكيل . لأن ولايته ثابتة

بالشرع من غير جهة المرأة . فلا تتوقف استنابته على إذنها كالمجبر . وإنما افترقا على اعتبار إذنها فى صحة النكاح . ولا أثر له هنا . وهذه طريقة المصنف ، والشارح ، وصاحب المحرر ، والنظم ، والفائق ، وشرح ابن رزين وغيرهم .

قلت : وهو أقوى دليلاً ، وهو المذهب .

والطريق الثانى : أن حكمه حكم الوكيل ، خلافاً ومذهباً . قدمه فى الفروع هنا . وقدم فى باب أركان النكاح الأول ، فناقض .

قال ابن رزين فى شرحه ـ عن هذه الطريقة ـ فيها ضعف .

وأطلق فى التلخيص فى إذنها وعدمه روايتين .

ويأتى ذلك فى أركان النكاح عند قوله « ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً » بأتم من هذا .

ومنها : العبد والصبى المأذون لهما : هل لهما أن يوكلا ؟ وتقدم الكلام عليهما فى آخر باب الحجر .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ تَوكيله فِيمَا لاَ يَتَوَلَّى مِثْلَه بِنَفْسِهِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْهُ لِكَثْرَتِهِ ﴾ .

بلا نزاع . لكن هل يسوغ له التوكيل فى الجميع ؟ وهو الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع .

وفى القدر المعجوز عنه خاصة ؟ اختاره القاضى ، وابن عقيل . فيه وجهان . وأطلقهما فى القواعد الفقهية ، والزركشى .

فوائد

الأولى : حيث جوزنا له التوكيل ، فمن شرط الوكيل الثانى : أن يكون أميناً ، إلا أن يعينه الموكل الأول .

الثانية : لو قال الموكل للوكيل «وكل عنك» صح . وكان وكيل وكيله . جزم

به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعاية ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وإن قال : « وكل عنى » صح أيضاً . وكان وكيل موكله ، على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والرعاية ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يكون وكيل وكيله أيضاً ، كالأولى . هذا نقله فى الفروع .

وقال فى التلخيص ـ فيما إذا قال « وكل عنى » ـ أنه وكيل الموكل وقطع به .

وقال ـ فيما إذا قال « وكل عنك » ـ هل يكون وكيل الموكل ، أو وكيل الوكيل ؟ يحتمل وجهين . فتعاكسا فى محل الخلاف .

فلعل مافى التلخيص غلط من الناسخ . فإن الطريقة الأولى أصوب . وأوفق للأصول ، أو يكون طريقة . وهو بعيد .

وإن قال « وكل » ولم يقل « عنى » ولا « عنك » فهل يكون وكيل الوكيل كالأولى ، أو وكيل الموكل كالثانية ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

أحدهما : يكون وكيلا للموكل . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وابن رجب . فى آخر القاعدة الحادية والستين .

والثانى : يكون وكيل الوكيل .

وأما إذا وكل فيما لا يتولى مثله بنفسه ، أو يعجز عنه لكثرته ، أو قلنا : يجوز له التوكيل من غير إذن ، ووكل : فإن الوكيل الثانى وكيل الوكيل . جزم به المصنف والشارح .

الثالثة : حيث حكمنا بأن الوكيل الثانى وكيل للموكل ، فإنه ينعزل بعزله وبموته ونحوه . ويملك الموكل الأول عزله . ولا ينعزل بموته .

وحيث قلنا : هو وكيل الوكيل . فإنه ينعزل بعزله وبموته . وينعزل بعزل

الموكل أيضاً . على الصحيح من المذهب . جزم به فى التلخيص وغيره .

قال فى الفروع : والأصح له عزل وكيل وكيله .

وقال فى الرعاية : له عزله فى أصح الوجهين . وقيل : ليس له عزله .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ تَوْكِيلُ عَبْدٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَلاَ يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

وفى صحة توكيله فى نكاح بلا إذن سيده وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق فى صحة قبوله .

أحدهما : لا يصح التوكيل فى الإيجاب ولا القبول . جزم به فى التلخيص .

قال فى الشرح : ولا يجوز توكيل العبد بغير إذن سيده . وهو ظاهر كلامه فى الكافى ، والوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والقواعد الأصولية .

والوجه الثانى : يصحان منه . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : يصح فى القبول دون الإيجاب . وهو ظاهر كلامه فى المغنى .

فائدة : لا يشترط إذن سيده فيما يملكه وحده . فيجوز توكيله فى الطلاق من غير إذن سيده ، كما يجوز له الطلاق من غير إذنه . وكذلك السفيه .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ بِإِذْنِهِ فِى شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ وكذا حكاهما فى الهداية ، والمذهب ، والمتسوعب ، والخلاصة ، والتلخيص والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وحكاهما روايتين فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح ، والتلخيص ، والحاوى الكبير ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . وجزم به فى الكافى . وصححه فى التصحيح

والنظم ، واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

قال فى الرعاية الكبرى : صح فى الأصح .

قال فى القواعد الأصولية : الصحيح الصحة . وقدمه فى الصغرى ، والحاوى الصغير ، والخلاصة ، والمغنى ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لا يصح .

فعلى المذهب : لو قال « اشتريت نفسى لزيد » وصدقاه : صح . ولو قال السيد « ما اشتريت نفسك إلا لنفسك » عتق . ولزمه الثمن .

وإن صدقه السيد فى الأولى وكذبه زيد : نظرت فى تكذيبه . فإن كذبه فى الوكالة : حلف وبرىء ، وللسيد فسخ البيع .

وإن صدقه فى الوكالة ، وقال « مااشتريت نفسك لى » فالقول قول العبد . قاله فى المغنى ، والشرح .

قال فى الرعاية الكبرى : لو قال « ما اشتريت نفسك منى إلا لك » فقال « بل لزيد » فكذبه زيد : عتق ولزمه الثمن . وإن صدقه لم يعتق . قلت : بلى . انتهى .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿وإن وكله بإذنه فى شراء نفسه﴾ أنه لا يصح توكيله بغير إذن سيده فى شراء نفسه . وهو صحيح . وهو المذهب . وقدمه فى الفروع وغيره . وجزم به كثير من الأصحاب .

وقيل : يصح . وأطلقهما فى القواعد الأصولية .

فائدة : لو وكل عبد غيره بإذن سيده فى شراء عبد غيره من سيده : فهل يصح ؟ على روايتين . وأطلقهما فى الفروع .

إحداهما : يصح . وهو المذهب . جزم به فى الكافى .

قال فى الوجيز : ومن كل عبد غيره بإذن سيده : صح . وقدمه فى المغنى .

والرواية الثانية : لا يصح . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قوله ﴿ الوَكالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ منَ الطَّرَفَيْنِ لِكُلٍّ واحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهُ ﴾

بلا نزاع .

فلو قال « وكلتك . وكلما عزلتك فقد وكلتك » انعزل بقوله « عزلتك . وكلما وكلتك فقد عزلتك » .

وتسمى الوكالة الدورية . وهو فسخ معلق بشرط . قاله فى الفروع .

والصحيح من المذهب : صحتها . وجزم به فى الرعايتين ، والفائق .

قال فى التلخيص : قياس المذهب : صحة الوكالة الدورية . بناء على أن الوكالة قابلة للتعليق عندنا . وكذلك فسخها .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا تصح . لأنه يؤدى إلى أن تصير العقود الجائزة لازمة . وذلك تغيير لقاعدة الشرع . وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ . وإنما قصده الامتناع من التوكيل ، وحله قبل وقوعه . والعقود لا تفسخ قبل انعقادها . ذكره ابن رجب فى القاعدة الثامنة عشر بعد المائة .

قوله ﴿ وَتَبْطُلُ بِالْمَوْتِ وَالْجُنُونِ ﴾ .

تبطل الوكالة بموت الوكيل أو الموكل ، بغير خلاف نعلمه . لكن لو وكل ولى اليتيم وناظر الوقف ، أو عقد عقداً جائزاً غيرها ــ كالشركة والمضاربة ــ فإنها لا تنفسخ بموته . لأنه متصرف على غيره . قطع به فى القاعدة الحادية والستين .

وتبطل بالجنون ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى المغنى ، والشرح : تبطل بالجنون المطبق ، بغير خلاف علمناه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا تبطل به . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وقال فى الرعاية الكبرى : وفى جنونه ـ وقيل : المطبق ـ وجهان .

قال الناظم :

وفسق مناف للوكالة مبطل * كذا بجنون مطبق متأطد

وأكثر الأصحاب أطلق الجنون .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ جَائِزٍ ﴾ يَعْنِى مِنَ الطَرَفَيْنِ ﴿ كَالشَّرِكَةِ وَالمضَارَبَةِ ﴾

وكذا الجعالة ، والسبق ، والرمى ، ونحوها .

قوله ﴿ وَلاَ تَبْطُلُ بِالسُّكْرِ وَالإِغْمَاءِ ﴾

أما السكر : فحيث قلنا يفسق . فإن الوكاله تبطل فيما ينافى الفسق كالإيجاب فى عقد النكاح ونحوه ، وإلا فلا .

وأما الإغماء : فلا تبطل به ، قولا واحداً .

قال فى الفصول : لاتبطل فى قياس المذهب . واقتصر عليه .

قوله ﴿ وَالتَعَدِّي ﴾

يعنى لاتبطل الوكالة بالتعدى ، كلبس الثوب ، وركوب الدابة ونحوها .

وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والتلخيص ، وشرح ابن رزين ، والوجيز ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى القاعدة الخامسة والأربعين : والمشهور : أنها لاتنفسخ .

قال فى الرعاية الصغرى : تفسد فى الأصح . انتهى .

وذلك لأن الوكالة إذن فى التصرف مع استئمان . فإن زال أحدهما لم يزل الآخر .

وقيل : تبطل الوكالة به . حكاه ابن عقيل فى نظرياته وغيره . وجزم به

القاضى فى خلافه . وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

وقال فى المستوعب ، ومن تابعه : أطلق أبو الخطاب القول أنها لاتبطل بتعدى الوكيل فيما وكل فيه .

وهذا فيه تفصيل .

وملخصه : أنه إن أتلف بتعديه عين ماوكله فيه : بطلت الوكالة . و إن كانت عين ماتعدى فيه باقية : لم تبطل . وهو ظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح وغيرهما . وهو مراد أبى الخطاب وغيره .

وقال فى القاعدة الخامسة والأربعين : وظاهر كلام كثير من الأصحاب : أن المخالفة من الوكيل تقتضى فساد الوكالة ، لابطلانها . فيفسد العقد و يصير متصرفا بمجرد الإذن .

فعلى المذهب : لو تعدى زالت الوكالة وصار ضامناً . فإذ تصرف كما قال موكله : برىء بقبضه العوض . فإن رد عليه بعيب عاد الضمان .

قال فى القواعد : وعلى المشهور إنما يضمن مافيه التعدى خاصة ، حتى لو باعه وقبض ثمنه : لم يضمنه . لأنه لم يتعد فى عينه . ذكره فى التلخيص ، والمغنى ، والشرح .

ولايزول الضمان عن عين ماوقع فيه التعدى بحال ، إلا على طريقة ابن الزاغونى فى الوديعة .

قوله ﴿ وَهَلْ تَبْطُلُ بِالرِّدَّةِ ، وَحُرِّيَةِ عَبدِه ؟ على وجهين ﴾

أطلق المصنف فى بطلان الوكالة بالردة وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب والخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لاتبطل . وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح . وجزم به فى الكافى ، والوجيز .

والوجه الثانى : تبطل .

وقيل : تبطل بردة الموكل دون الوكيل .

قال فى المستوعب : ولا تبطل بردة الوكيل ، و إن لحق بدار الحرب . وهل تبطل بردة الموكل ؟ على وجهين . أصلهما : هل يزول ملكه ولا ينفذ تصرفه ، أو يكون موقوفا ؟ على مايأتى فى باب الردة .

قال فى القاعدة السادسة عشر : إن قلنا يزول ملكه : بطلت وكالته .

وأطلق المصنف أيضاً فى بطلان الوكالة بحرية عبده وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والنظم ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لاتبطل . وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفائق ، وشرح ابن رزين .

وقيل : تبطل . قدمه فى الرعاية الكبرى .

فائدة : وكذا الحكم لو باع عبده .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : أو وهبه ، أو كاتبه . انتهى .

وكذا لو وكل عبد غيره فباعه الغير .

وأما إذا وكل عبد غيره ، فأعتقه ذلك الغير : لم تبطل الوكالة . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

فوائد

منها : لو وكل امرأته ثم طلقها : لم تبطل الوكالة .

ومنها : لو جحد أحدهما الوكالة ، فهل تبطل ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : تبطل . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، فيما إذا جحد التوكيل .

والوجه الثاني : لاتبطل . جزم به فى الوجيز .

وقيل : تبطل إن تعمد ، وإلا فلا .

ومنها : لاتبطل الوكالة بالإباق . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز

وقيل : تبطل . وتقدم نظيرها فى أحكام العبد فى الباب الذى قبله .

ومنها : لو وكله فى طلاق زوجته . فوطئها : بطلت الوكالة . على الصحيح من المذهب ، والروايتين . وعنه لاتبطل .

فعلى المذهب : فى بطلانها بقبلة . ونحوها : خلاف ، بناء على الخلاف فى حصول الرجعة به ، على مايأتى فى بابه إن شاء الله تعالى .

ومنها : لو وكله فى عتق عبد . فكاتبه أو دبره : بطلت الوكالة . على الصحيح من المذهب . ويحتمل صحة عتقه .

قوله ﴿ وَهَلْ يَنْعَزِلُ الوَكِيلُ بِالمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ ؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ، وشرح المجد ، وشرح المحرر .

إحداهما : ينعزل . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : انعزل فى أصح الروايتين . وصححه فى الخلاصة . واختاره أبو الخطاب ، والشريف ، وابن عقيل .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا أشهر .

قال القاضى : هذا أشبه بأصول المذهب ، وقياس لقولنا : إذا كان الخيار لهما كان لأحدهما الفسخ من غير حضور الآخر . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ونهاية ابن رزين ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لاينعزل . نص عليها فى رواية ابن منصور ، وجعفر بن محمد وأبى الحارث . وصححه فى النظم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : ينعزل بالموت لابالعزل . ذكره الشيخ تقى الدين .

وقال القاضى : محل الروايتين فيما إذا كان الموكل فيه باقيا فى ملك الموكل أما إن أخرجه من ملكه بعتق أو بيع : انفسخت الوكالة بذلك . وجزم به .

وفرق القاضى بين موت الموكل بأن الوكيل لاينعزل على رواية ، و بين إخراج الموكل فيه من ملك الموكل بعتق أو بيع ، بأنه ينعزل جزماً ، بأن حكم الملك فى العتق والبيع قد زال ، وفى موت الموكل السلعة باقية على حكم ملكه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وفيه نظر . فإن الانتقال بالموت أقوى منه بالبيع والعتق . فإن هذا يمكن الموكل الاحتراز منه . فيكون بمنزلة عزله بالقول . وذاك زال بفعل الله تعالى فيه .

فوائد

منها : ينبنى على الخلاف : وتضمينه وعدمه .

فإن قلنا : ينعزل ضمن ، و إلا فلا .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لايضمن مطلقا .

قلت : وهو الصواب ، لأنه لم يفرط .

ومنها : جعل القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وجماعة : محل الخلاف فى نفس انفساخ عقد الوكالة قبل العلم . وجعل المجد ، والناظم ، وجماعة : محل الخلاف فى نفوذ التصرف ، لافى نفس الانفساخ . وهو مقتضى كلام الخرقى .

قال الزركشى : وهذا أوفق للنصوص .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : والخلاف لفظى .

ويأتى فى آخر باب صريح الطلاق ونيته « إذا ادعى الموكل عزل الوكيل ، هل يقبل بلا بينة أم لا ؟ »

ومنها : لاينعزل مودع قبل علمه . على الصحيح من المذهب . خلافاً لأبى الخطاب . فما بيده أمانة . وقال : مثله المضارب .

ومنها : لو قال شخص لآخر : اشتر كذا بيننا . فقال : نعم . ثم قال لآخر : نعم . فقد عزل نفسه من وكالة الأول . ويكون ذلك له وللثانى .

ومنها : عقود المشاركات — كالشركة والمضاربة — والصحيح من المذهب : أنها تنفسخ قبل العلم ، كالوكالة .

وقال ابن عقيل : الأليق بمذهبنا فى المضاربة ، والشركة : لا تنفسخ بفسخ المضارب ، حتى يعلم رب المال والشريك . لأنه ذريعة إلى عامة الأضرار . وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح .

فائدة : لو عزل الوكيل ، كان مافى يده أمانة . وكذلك عقود الأمانات كلها كالوديعة ، والشركة ، والمضاربة ، والرهن ، إذا انتهت أو انفسخت ، والهبة إذا رجع فيها الأب . وهو المذهب . صرح به القاضى ، وابن عقيل فى الرهن .

وصرح به القاضى ، وأبو الخطاب فى خلافيهما فى بقية العقود . وأنها تبقى أمانة .

وقيل : تبقى مضمونة إن لم يبادر بالدفع إلى المالك . كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً .

وصرح به القاضى فى موضع من خلافه فى الوديعة والوكالة .

وكلام القاضى وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن . فلا يضمن فى الرهن ، ويضمن فى الوديعة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ : لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنفَرِدَ بِالتَّصَرُّفِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : لايجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا فى الخصومة .

قال فى الفروع ، وقيل : إن وكلهما فى خصومة انفرد أحدهما للعرف .

قلت : وهو الصواب .

فائدة : حقوق العقد متعلقة بالموكل . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . لأنه لا يعتق قريب وكيل عليه . وينتقل الملك إلى الموكل . ويطالب بالثمن ، ويرد بالعيب ، ويضمن العهدة وغير ذلك .

قال المصنف : وإن اشترى وكيل فى شراء فى الذمة : فكضامن .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن وكل فى بيع ، أو استئجار ـ فإن لم يسم موكله فى العقد : فضامن . وإلا فروايتان .

وقال : ظاهر المذهب يضمنه . قال : ومثله الوكيل فى الاقتراض .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِى الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الجمهور . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى المذهب وغيره . وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . واختاره أبو الخطاب ، والشريف ، وابن عقيل ، والخرقى ، وغيرهم .

وعنه : يجوز . كما لو أذن له ، على الصحيح ، إذا زاد على مبلغ ثمنه فى النداء واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، أو وكل من يبيع . حيث جاز التوكيل . وكان هو أحد المشتريين .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم . وقدمه فى الفائق .

وقال فى المحرر : وعنه له البيع من نفسه إذا زاد على ثمنه فى النداء .

وقال فى الفروع : وعنه : يصح أن يبيع من نفسه إذا زاد على ثمنه فى النداء .

وقيل : أو وكل بائعاً . وهو ظاهر مانقله حنبل .

وقيل : هما . انتهى .

وحكى الزركشى : إذا زاد على مبلغ ثمنه فى النداء رواية . وإذا وكل فى البيع وكان هو أحد المشترين رواية أخرى .

وقال فى القاعدة السبعين : وأما رواية الجواز : فاختلف فى حكاية شروطها على طرق .

أحدها : اشتراط الزيادة على الثمن الذى تنتهى إليه الرغبات فى النداء ، وفى اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان . وهى طريقة القاضى فى المجرد ، وابن عقيل

والثانى : أن المشترط : التوكيل المجرد . كما هى طريقة ابن أبى موسى ، والشيرازى .

والثالث : أن المشترط : أحد أمرين ، إما أن يوكل من يبيعه ، على قولنا : يجوز ذلك . وإما الزيادة على ثمنه فى النداء . وهى طريقة القاضى فى خلافه ، وأبى الخطاب .

وأطلق الروايتين فى الهداية ، والمستوعب ، والشرح .

وذكر الأزجى احتمالا : أنهما لا يعتبران . لأن دينه وأمانته تحمله على عمل الحق . وربما زاد خيراً .

وعنه رواية رابعة : يجوز أن يشاركه فيه ، لا أن يشتريه كله . ذكرها الزركشى وغيره . ونقلها أبو الحارث .

تنبيه : محل الخلاف : إذا لم يأذن له . فإن أذن له فى الشراء من نفسه جاز .

ومقتضى تعليل الإمام أحمد رحمه الله فى الرواية التى تقول بالجواز فيها ويوكل : لا يجوز . لأنه يأخذ بإحدى يديه من الأخرى .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم فى شراء الوكيل من نفسه للموكل . وكذا الحاكم وأمينه والوصى وناظر الوقف والمضارب كالوكيل .

ولم يذكر ابن أبى موسى فى الوصى سوى المنع .

وقال فى القاعدة السبعين : يتوجه التفريق بين الحاكم وغيره . فإن الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن . فتكون عامة ، بخلاف غيره .

الثانية : حيث صححنا ذلك : صح أن يتولى طرفى العقد . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والفائق . وصححه المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية : صح على الأقيس . وقيل : لا يصح .

فائدة : وكذا الحكم لو وكل فى بيع عبد أوغيره ، ووكله آخر فى شرائه من نفسه فى قياس المذهب . قاله المصنف ، والشارح .

وقالا : ومثله لو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما . لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما ، والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة لكل واحد منهما . وقدمه فى الفروع .

وقال الأزجى : لا يصح فى الدعوى من واحد للتضاد .

قوله ﴿ وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ لِوَلَدِهِ ، أَوْ وَالِدِهِ ، أَوْ مُكَاتَبِهِ؟ على وجهين ﴾ .

وهما احتمالان مطلقان فى الهداية . وأطلق الوجهين فى الفروع ، والمذهب والمستوعب ، والتلخيص . والرعاية الصغرى ، والمحرر ، والحاويين ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لايجوز . أى لا يصح ، كنفسه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والـكافى ، والرعاية الـكبرى ، وغيرهم .

قال المجد فى شرحه : اختاره القاضى ، وابن عقيل .

قال المصنف فى المغنى ، والـكافى ، والشارح : الوجهان هنا مبنيان على الروايتين فى أصل المسألة .

قلت : الصواب أن الخلاف هنا : مبنى على القول بعدم الصحة هناك . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

والوجه الثانى : يجوز . أى يصح . وإن منعنا الصحة فى شراء الوكيل من نفسه لنفسه .

تنبيه : محل الخلاف فى هذه المسألة ، وفى التى قبلها : إذا لم يأذن له الموكل فى ذلك . فأما إن أذن له : فإنه يجوز ، ويصح . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايصح أيضاً . حكاه المجد .

قلت : وهو بعيد فى غير الوكيل .

تنبيه : مفهوم كلامه : جواز بيعه لإخوته وسائر أقاربه . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وصرح به جماعة .

وذكر الأزجى فيهم وجهين .

قلت : حيث حصلت تهمة فى ذلك لايصح .

قوله ﴿وَلاَ يَجُوزُ﴾ أى لايصح ﴿أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً ، ولاَ بِغَيْرِ نَقْدِ البَلَدِ﴾

وكذا لايجوز أن يبيع بغير غالب نقد البلد إن كان فيه نقود .

ومراده : إذا أطلق الوكالة . وهذا المذهب فى ذلك . نص عليه . وجزم به فى التلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والشرح ، وقال : وهو أولى .

ويحتمل أن يجوز ، كالمضارب . وهو لأبى الخطاب فى الهداية . وهو تخريج فى الفائق . وهو رواية فى المحرر وغيره . واختاره أبو الخطاب .

وذكر ابن رزين فى النهاية : أن الوكيل يبيع حالاً بنقد بلده و بغيره ، لا نساء

وذكر فى الانتصار : أنه يلزمه النقد أو مانقص .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله تعالى ـ جواز بيع المضارب نساء . لكونه جعله هنا أصلاً للجواز . وهو صحيح . وهو الصحيح من المذهب . على مايأتى إن شاء الله تعالى فى باب الشركة .

لكن أطلق هناك الخلاف فى شركة العنان ، والمضاربة مثلها .

فالحاصل : أن الصحيح من المذهب فى الوكالة : عدم الجواز ، وفى المضاربة : الجواز .

وفرق المصنف والشارح بينهما بأن المقصود من المضاربة الربح . وهو فى النساء أكثر . ولا يتعين فى الوكالة ذلك . بل ربما كان المقصود تحصيل الثمن لدفع حاجته . ولأن استيفاء الثمن فى المضاربة على المضارب . فيعود ضرر التأخير فى التقاضى عليه ، بخلاف الوكالة . فيعود ضرر الطلب على الموكل .

فائدة : إذا أطلق الوكالة : لم يصح أن يبيع بمنفعة ، ولا بعرض أيضاً . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف .

وفى العرض احتمال بالصحة . وهو رواية فى الموجز .

ويأتى فى كلام المصنف « إذا قال للوكيل : أذنت لى فى البيع نساء ؟ وفى الشراء بخمسة ، وأنكر الموكل » .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمنِ المِثْلِ ، أَوْ بِأَنْقَصَ مِمَّا قدَّرهُ : صَحَّ وَضَمِنَ النَّقْصَ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . واختاره الخرقى ، والقاضى فى الخلاف وغيرهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وقدمه فى الهـداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وناظم المفردات ، وقال : قاله الأكثر . وهو من المفردات .

قوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحّ ﴾ .

وهو رواية منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله . واختاره المصنف . وصححه القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وجزم به فى التلخيص . وقال : إنه الذى تقتضيه أصول المذهب . وقدمه الشارح ، والمصنف فى المغنى . وجزم به ، وابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الـكافى .

وقال فى المحرر ، والفائق ، وغيرهما : ويتخرج أنه كتصرف الفضولى .

قال فى الفروع : قيل إنه كفضولى . نص عليه . فإن تلف وضمن الوكيل رجع على مشترٍ التلفه عنده .

وقيل : يصح . نص عليه . انتهى .

ويأتى قريباً فى كلام المصنف رحمه الله « لو وكله فى الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل » .

تنبيه : جمع المصنف بين ما إذا وكله فى البيع وأطلق ، وبين ما إذا قدره له . فجعل الحـكم واحداً . وهو أصح الطريقتين . وصرح به القاضى وغيره . ونص عليه فى رواية الأثرم ، وأبى داود ، وابن منصور .

وقيل : يبطل العقد مع مخالفة التسمية . ولا يبطل مع الإطلاق .

وممن قال ذلك : القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى فصوله . قاله فى القاعدة العشرين .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ وإنْ بَاعَ بدُون ثَمَنِ الْمِثْل ﴾ .

مما يتغابن الناس بمثله عادة . فأما ما لا يتغابن الناس بمثله ، كالدرهم فى العشرة : فإن ذلك معفو عنه إذا لم يكن الموكل قد قدر الثمن .

وقوله ﴿ وَضَمِنَ النَّقْصَ ﴾ .

فى قدره وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والكافى

أحدهما : هو ما بين مايباع به وثمن المثل .

قال الشارح : وهذا أقيس . واختاره ابن عقيل . ذكره عنه فى القواعد الفقهية . وقدمه ابن رزين فى شرحه ، والرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : هو مابين ما يتغابن به الناس ومالا يتغابنون .

فعلى المذهب ، فى أصل المسألة : لايضمن عبد لسيده ولا صبى لنفسه . ويصح البيع . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وفيه احتمال : أنه يبطل . قال فى الفروع : وهو أظهر .

قلت : فعلى الأول : يعايى بها فى الصبى .

فائدتان

إحداهما : قال فى الرعاية الكبرى : لو وكله فى بيع شىء إلى أجل . فزاده أو نقصه ، ولاحظ فيه : لم يصح .

قال فى الفروع : وإن أمر بشراء بكذا حالا ، أو ببيع بكذا نساء . فخالف فى حلول وتأجيل : صح فى الأصح .

وقيل : إن لم يتضرر . انتهى .

الثانية : لو حضر من يزيد على ثمن المثل : لم يجز أن يبيع بثمن المثل . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والفائق . وغيرهم .

قلت : فيعايى بها .

وهى مخصوصة من مفهوم كلام المصنف وكلام غيره ، ممن أطلق .

ولو باعه بثمن مثله . فزاد عليه آخر فى مدة الخيار : لم يلزمه الفسخ .

قال فى الرعاية ، قلت : ويحتمل لزومه إن صح بيعه على بيع أخيه . انتهى .

قال فى المغنى ، والشرح : ويحتمل أن يلزمه ذلك ؛

وقال فى الفروع : وفيه وجه : يلزمه .

قوله ﴿ وَإنْ بَاعَ بأَكْثَرَ مِنْهُ : صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثمنِ الّذى أمرهُ بهِ أَوْ لم تَكُنْ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى التلخيص : فأظهر الاحتمالين : الصحة .

قال القاضى : وهو المذهب .

وقيل : إن كانت الزيادة من جنس الثمن : صح ، وإلا فلا .

قال فى التلخيص ، قال القاضى : ويحتمل أن يبطل فى الزيادة من غير الجنس بحصته من الثمن .

قوله ﴿ وَإنْ قَالَ : بِعْهُ بِدِرْهَمٍ . فَبَاعَهُ بِدِينَارٍ : صحَّ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والنظم ، والتصحيح ، والقواعد الفقهية . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الشرح ، والفائق .

والوجه الثانى : لا يصح . اختاره القاضى . وهو ظاهر ما قدمه فى المغنى ، وظاهر ما قطع به ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والكافى .

فائدة : لو قال : اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين : صح شراؤه بما بينهما . وكذا بدون الخمسين . على الصحيح . قدمه ابن رزين . وهو الصواب .

وقيل : لا يصح بدون الخمسين كالخمسين . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإنْ قَالَ : بِعْهُ بأَلْفٍ نَسَاءً ، فبَاعَهُ بأَلْفٍ حَالَّةً : صَحَّ إنْ كَانَ لاَ يَسْتَضِرّ بِحِفْظِ الثَّمَنِ فِى الْحَالِّ . وَهُوَ أَحَدُ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

صححه فى الشرح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : يصح مطلقاً ما لم ينهه . وهو المذهب . اختاره القاضى .

قال فى الفروع ، والمذهب ، ومسبوك الذهب : صح فى أصح الوجهين .

قال ابن رزين فى نهايته : صح فى الأظهر . وقدمه فى الهداية ، والخلاصة ، والمستوعب ، والتلخيص .

وقيل : لا يصح مطلقاً . وأطلقهن فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، ويأتى عكس هذه المسألة فى كلام المصنف قريباً .

قوله ﴿ وَإنْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاء . فَاشْتَرَى بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بِأَكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ : لَمْ يَصِحّ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

اختاره القاضى فى الجامع . وجزم به فى المستوعب ، والتلخيص ، وشرح ابن رزين ، والشارح ، وقال : هو كتصرف الأجنبى . واختاره المصنف . قاله ناظم المفردات .

والوجه الثانى : يصح . وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين . وصححه الناظم .

قال ناظم المفردات : هو المنصوص . وعليه الأكثر . انتهى .

وذلك : لأن حكمه حكم ما لو باع بدون ثمن المثل ، أو بأنقص مما قدره له . ذكره الأصحاب .

وتقدم هناك : أن المذهب صحة البيع . فكذا هنا . لأن المنصوص فى الموضعين الصحة . وعليه أكثر الأصحاب .

لكن المصنف قدم هناك الصحة ، وقدم هنا عدمها . فلذلك قال ابن منجا : الفرق بين المسألتين على ما ذكره المصنف عَسِرٌ . انتهى .

والذى يظهر : أن المصنف هناك إنما قدم تبعاً للأصحاب . و إن كان اختياره

مخالفاً له . وهذا يقع له كثيراً . وقدم هنا نظراً إلى ما اختاره ، لا إلى الفرق بين المسألتين . فإن اختياره فى المسألتين واحد . والحكم عنده فيهما واحد . وأطلق الوجهين فى المسألتين فى الفروع .

وظهر مما تقدم : أن للأصحاب فى المسألتين طريقتين : التساوى . وهو الصحيح . والصحة هناك . وعدمها هنا . وهى طريقته فى المستوعب ، وابن رزين وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وذكر الزركشى فيهما ثلاثة أقوال . ثالثها : الفرق ، وهو ما قاله المصنف فى هذا الكتاب .

قوله ﴿أَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِدُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ : لَمْ يَصِحّ﴾ .

إذا وكله فى بيع شىء فباع بعضه ، فلا يخلو : إما أن يبيع البعض بثمن الكل أولا . فإن باعه بثمنه كله : صح . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحاويين ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يصح . قدمه فى الفائق . وهو ظاهر ما قطع به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وظاهر ما قدمه فى الرعايتين ، والنظم ، وغيرهم .

قلت : وهذا القول ضعيف .

فعلى المذهب : يجوز له بيع الباقى . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم . وصححه فى الفروع ، والفائق ويحتمل أن لا يجوز .

وإن باع البعض بدون ثمن الكل ، فلا يخلو : إما أن يبيع الباقى أولا . فإن باع الباقى : صح البيع ، وإلا لم يصح ، على الصحيح من المذهب فيهما . قدمه فى الفروع . وجزم به فى المستوعب . وقال : نص عليه .

قال فى التلخيص : والذى نقله الأصحاب فى ذلك : أنه لا يصح إذا لم يبع الباقى ، دفعاً لضرر المشاركة بما بقى .

وقولهم « إذا لم يبع الباقى » يدل على أنه إذا باعه ينقلب صحيحاً . وفيه عندى نظر . انتهى .

وقيل: لا يصح مطلقاً . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

تنبيه : يستثنى من محل الخلاف فيما تقدم ، ومن عموم كلام المصنف : لو وكله فى بيع عبيد أو صبرة ونحوهما ، فإنه يجوز له بيع كل عبد منفرداً ، و بيع الجميع صفقة واحدة ، و بيع بعض الصبرة منفردة ، و بيعها كلها جملة واحدة . قاله الأصحاب ، إن لم يأمره ببيعها صفقة واحدة .

تنبيه : قولى — عن كلام المصنف — « بدون ثمن الكل » هو فى بعض النسخ . وعليها شرح الشارح .

وفى بعضها : بإسقاطها ، تبعاً لأبى الخطاب وجماعة ، وعليها شرح ابن منجا . لكن قيدها بذلك من كلامه فى المغنى .

قوله ﴿ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِمَا قَدَّرَهُ لَهُ مُؤَجَّلاً ﴾ .

صح . وهو المذهب مطلقاً .

قال فى الفروع : صح فى الأصح . وجزم به فى شرح ابن منجا . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاويين . وصححه فى النظم .

وقيل : لا يصح إن حصل ضرر ، وإلا صح . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الوجيز .

قلت : وهو الصواب .

والأول ضعيف . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِي شَاةً بِدِينَار . فَاشْتَرَى لَهُ شَاتَيْنِ تُسَاوِي إِحْدَاهُمَا دِينَاراً ، أَوْ اشْتَرَى شَاةً تُسَاوِي دِينَاراً بِأَقَلَّ مِنْهُ : صَحَّ ﴾ وكان للموكل ﴿ وَإِلاَّ لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

يعنى وإن لم تساو إحداهما ديناراً : لم يصح . وهذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

وفى المبهج رواية فى المسألة الأولى : أنه كفضولى .

وقال فى عيون المسائل : إن ساوت كل واحدة منهما نصف دينار : صح للموكل لا للوكيل . وإن كانت كل واحدة منهما لا تساوى نصف دينار : فروايتان .

إحداهما : يقف على إجازة الموكل . وقال فى الرعايتين ، والفائق ، والحاويين ، وقيل : الزائد على الثمن والمثمن المقدرين للوكيل .

فعلى المذهب : لو باع إحدى الشاتين بغير إذن الموكل ، فقيل : يصح إن كانت الباقية تساوى ديناراً ، لحديث عروة البارقى رضى الله عنه[1] .

قال المصنف ، والشارح : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، لأنه أخذ بحديث عروة . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : لا يصح مطلقاً . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يصح مطلقاً . ذكره ابن رزين فى شرحه .

وقال فى الفائدة العشرين : لو باع إحداهما بدون إذنه ففيه طريقان .

أحدهما : يخرج على تصرف الفضولى .

---

(١) روى أحمد والبخارى وأبو داود عن عروة بن أبى الجعد البارقى رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى به شاة . فاشترى به شاتين . فباع إحداهما بدينار ، وجاءه بدينار وشاة . فدعا له بالبركة فى بيعه . وكان لو اشترى التراب لربح فيه » .

والثانى : أنه صحيح ، وجهاً واحداً . وهو المنصوص .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءُ مَعِيبٍ ﴾ .

بلا نزاع . فإن فعل ، فلا يخلو : إما أن يكون جاهلا أو عالماً . فإن كان جاهلا به فيأتى .

و إن كان عالماً : لزم الوكيل ما لم يرض الموكل . وليس له ولا لموكله رده .

و إن اشترى بعين المال : فكشراء فضولى . وهذا المذهب فى ذلك كله . وعليه الأصحاب .

وقال الأزجى : إن اشتراه مع علمه بالعيب . فهل يقع عن الموكل ؟ لأن العيب إنما يخاف منه نقص المالية . فإذا كان مساوياً للثمن ، فالظاهر : أنه يرضى به . أم لايقع عن الموكل ؟ فيه وجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَ بِمَا اشْتَرَى عَيْبًا . فَلَهُ الرَّدُّ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ولم يضمنه .

وقال الأزجى : إن جهل عيبه ــ وقد اشترى بعين المال ــ فهل يقع عن الموكل ؟ فيه خلاف . انتهى .

وله رده وأخذ سليم بدله إذا لم يعينه الموكل . على ما يأتى قريباً .

فائدتان

إحداهما : لو أسقط الوكيل خياره ، فحضر موكله ، فرضى به : لزمه ، و إلا فله رده على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقال فى المغنى : وله رده على وجه .

الثانية : لو ظهر به عيب ، وأنكر البائع أن الشراء وقع للموكل: لزم الوكيل . وليس له رده ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يلزم الموكل، وله أرشه . فإن تعذر من البائع لزم الوكيل .

قوله ﴿ فَإِنْ قَالَ البَائِعُ : مُوَكِّلُكَ قَدْ رَضِيَ بِالعَيْبِ فَالقَوْلُ قَوْلَ الوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ : أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ ﴾

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يقف الأمر على حلف موكله . وللحاكم إلزامه حتى يحضر موكله .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك — خلافا ومذهباً — قول غريم لوكيل غائب فى قبض حقه « أبرأنى موكلك » أو « قبضه » ويحكم عليه ببينة إن حكم على غائب .

الثانية : لو ادعى الغريم : أن الموكل عزل الوكيل فى قضاء الدين ، أو ادعى موت الموكل : حلف الوكيل على نفى العلم ، فى أصح الوجهين . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

وقيل : يقبل قوله من غير يمين .

قوله ﴿ فَإِنْ رَدَّهُ فَصَدَّقَ المُوَكِّلُ البَائِعَ فِي الرِّضَى بِالعَيْبِ ، فَهَلْ يَصِحُّ الرَّدُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يصح الرد . وهو باق للموكل . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والمغنى .

والثانى : يصح . فيجدد الموكل العقد . صححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز قال المصنف ، والشارح : يصح الرد ، بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل علمه .

وقال أبو المعالى فى النهاية : يطرد روايتان منصوصتان فى استيفاء حد وقود

وغيرهما من الحقوق ، مع غيبة الموكل ، وحضور وكيله . وحكاهما غيره فى حد وقود على ماتقدم .

فائدة : رضى الموكل الغائب بالمعيب عزل لوكيله عن رده .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ مُعَيَّنٍ ، فَاشْتَرَاهُ وَوَجَدَهُ مَعِيبًا . فَهَلْ لَهُ الرَّدُّ قَبْلَ إِعْلاَمِ الموَكِّلِ ؟ عَلَى وجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والفروع والفائق ، والمحرر ، والتلخيص ، والبلغة .

أحدهما : له الرد . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : ليس له الرد .

قال فى الرعايتين : هذا أولى .

وقال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . وقدمه فى الخلاصة .

قلت : وهو الصواب .

فلو علم عيبه قبل شرائه ، فهل له شراؤه ؟ فيه وجهان مبنيان على الوجهين اللذين قبلهما .

فإن قلنا يملك الرد فى الأولى : فليس له هنا شراؤه : و إن قلنا : لا يملك هناك ، فله الشراء هنا . قاله المصنف والشارح .

قال فى الفروع : فإن ملكه فله شراؤه إن علم عيبه قبله . وهو مخالف لما قالاه

وقد تقدم أنه إذا لم يكن معينا : أن له الرد وأخذ بدله من غير إعلام الموكل .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لَهُ : اشْتَرِ لِي بِعَيْنِ هَذَا الثَّمَنِ . فَاشْتَرَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ : لَمْ يَلْزَمْ الموَكِّلَ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : إن أجازه الموكل لزمه وإلا فلا .

وعلى كل قول : البيع صحيح . وحيث لم يلزم الموكل لزم الوكيل .

فائدة : لو قال « اشترلى بهذه الدراهم كذا » ولم يقل « بعينها » جاز له أن يشترى له فى ذمته ، و بعينها . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وليس له العقد مع فقير وقاطع طريق ، إلا بأمره . نقله الأثرم .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِى فِى ذِمَّتِكَ وانْقُدِ الثَّمَنَ . فَاشْتَرَى بِعَيْنِهِ : صَحَّ ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح وغيرهما : ذكره أصحابنا . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وقال : إن لم يكن للموكل غرض . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين وغيرهم .

وقيل : لا يصح . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح ، ومالا إليه .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن رضى به وإلا بطل . وهو أولى .

فائدة : يقبل إقرار الوكيل بعيب فيما باعه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع وغيره . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى وغيرهم . ذكروه فى الشركة .

وقال فى المنتخب : لا يقبل . واختاره المصنف . فلا يرد على موكله . وإن رد بنكوله ففى رده على موكله وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب رده على الموكل .

قوله ﴿ وَإِنْ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ فِى سُوقٍ بِثَمَنٍ . فَبَاعَهُ بِهِ فِى آخَر : صَحَّ ﴾

إن لم ينهه عنه ، ولم يكن له فيه غرض . بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلَمْ يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِهِ إِلاَّ بِقَرِينَةٍ ﴾ .

هذا أحد الوجوه . جزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق . على مايأتى . واختاره المصنف . وقدمه فى المحرر والرعاية الكبرى . وهو الصواب .

والوجه الثاني : لايملك قبض ثمنه مطلقاً . وهو المذهب ، كالحاكم وأمينه . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص . وقدمه فى الفروع .

والوجه الثالث : يملكه مطلقاً . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق : وفى قبضه ثمنه بلا قرينة وجهان .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : له قبض الثمن ، إن فقدت قرينة المنع .

فعلى المذهب : إن تعذر قبض الثمن من المشترى : لم يلزم الوكيل شىء ، كما لو ظهر المبيع مستحقاً أو معيباً .

وعلى الثالث : ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن ، أو حضوره . فإن سلمه قبل قبض ثمنه : ضمنه .

وعلى الأول : إن دلت قرينة على قبضه ولم يقبضه : ضمنه وإلا فلا .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو وكل فى شراء سلعة ، هل يقبضها أم لا ؟ أم يقبضها إن دلت قرينة عليه ؟

وإن أخر تسليم ثمنه بلا عذر : ضمنه على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : لا يضمن .

الثانية : هل للوكيل فى البيع أو الشراء فعل ذلك بشرط الخيار له ــ وقيل : مطلقاً ــ أم لا ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

وقال فى الرعاية : وإن وُكِّل فى شراء : لم يشرط الخيار للبائع . وهل له شرطه لنفسه ، أو لموكله ؟ يحتمل وجهين . انتهى .

وظاهر كلامه فى المجرد ، والرعاية الكبرى فى البيع : صحة ذلك . ويكون للموكل .

فإذا شرط الخيار فهو لموكله . وإن شرطه لنفسه فهو لهما . ولا يصح شرطه له وحده .

ويختص الوكيل بخيار المجلس . ويختص به الموكل إن حضره وحجر عليه . جزم به فى الفروع .

وقال فى التلخيص : وإن حضر الموكل فى المجلس ، وحجر على الوكيل فى الخيار : رجعت حقيقة الخيار إلى الموكل فى أظهر الاحتمالين .

وتقدم ذلك فى خيار الشرط ومسائل أخر . عند قوله « وإن شرط الخيار لغيره جاز » .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ، أَوْ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ : لَمْ يَصِحّ ﴾

إذا وكله فى بيع فاسد ، فباع بيعاً صحيحاً : لم يصح . قطع به الأصحاب .

وإن وكله فى كل قليل وكثير : لم يصح . على الصحيح من المذهب . كما قطع به المصنف هنا . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقال الأزجى فى النهاية : لم يصح باتفاق الأصحاب .

وقيل : يصح . كما لو وكله فى بيع ماله كله ، أو المطالبة بحقوقه كلها . أو الإبراء منها ، أو بما شاء منها .

قوله ﴿ وَإنْ قَالَ : اشْتَرِ لِي مَاشِئْتَ ، أَوْ عَبْدًا بِمَا شِئْتَ : لَمْ يَصِحَّ حَتَّي يَذْكُرَ النَّوْعَ وَقَدْرَ الثَّمَنِ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . وهو المذهب . اختاره القاضي وغيره . قاله في التلخيص . وجزم به في الوجيز .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب . وصححه في النظم . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق

وعنه : مايدل على أنه يصح . وهو ظاهر مااختاره في المغني ، والشرح .

قال أبو الخطاب : ويحتمل أن يجوز ، على ماقاله الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ في رجلين ، قال كل واحد منهما لصاحبه « ماشتريت من شيء فهو بيني وبينك » إنه جائز . وأعجبه . وقال : هذا توكيل في كل شيء .

وكذا قال ابن أبي موسى : إذا أطلق وكالته : جاز تصرفه في سائر حقوقه . وجاز بيعه عليه وابتياعه له . وكان خصما فيما يدعيه لموكله ويدعى عليه ، بعد ثبوت وكالته منه . انتهى .

وقيل : يكفي ذكر النوع فقط . اختاره القاضي . نقله عنه المصنف ، والشارح . وقطع به ابن عقيل في الفصول . وأطلقهن في الفروع .

وقال في الرعاية ، وقيل : يكفي ذكر النوع ، أو قدر الثمن .

قوله ﴿ وَإنْ وَكَّلَهُ فِي الْخُصُومَةِ : لَمْ يَكُنْ وَكِيلاً فِي الْقَبْضِ ﴾

ولا الإقرار عليه مطلقاً . نص عليه . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به .

وقطع ابن البنا في تعليقه : أنه يكون وكيلا في القبض . لأنه مأمور بقطع الخصومة . ولا تنقطع إلا به . انتهى .

قلت : الذي ينبغي : أن يكون وكيلاً في القبض ، إن دلت عليه قرينة .

كما اختاره المصنف ، وجماعة ، فيما إذا وكله في بيع شيء : أنه لا يملك قبض ثمنه إلا بقرينة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْقَبْضِ : كَانَ وَكِيلاً فِي الْخُصُومَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، والهداية . وقدمه فى المذهب والمستوعب ، والخلاصة . ومال إليه المصنف ، والشارح .

والوجه الثانى : لا يكون وكيلاً فى الخصومة . وأطلقهما فى الكافى ، والمحرر ، وشرحه ، والفروع ، والفائق .

وقال فى المغنى ، والشرح : ويحتمل ـ إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق . أو مطله ـ كان توكيلا فى تثبيته والخصومة فيه ، لعلمه بتوقف القبض عليه وإلا فلا .

فائدتاه

إحداهما : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ صحة الوكالة فى الخصومة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

لكن قال فى الفنون : لا يصح ممن علم ظلم موكله فى الخصومة . واقتصر عليه فى الفروع . وهذا مما لا شك فيه .

قال فى الفروع : وظاهره يصح إذا لم يعلم ظلمه . فلو ظن ظلمه جاز . ويتوجه المنع .

قلت : وهو الصواب .

قال : ومع الشك يتوجه احتمالان . ولعل الجواز أولى ، كالظن فى عدم ظلمه . فإن الجواز فيه ظاهر . وإن لم يجز الحكم مع الريبة فى البينة .

وقال القاضى فى قوله تعالى (٤ : ١٠٥ ولا تكن للخائنين خصيما) يدل على أنه لايجوز لأحد أن يخاصم عن غيره فى إثبات حق أو نفيه ، وهو غير عالم بحقيقة أمره .

وكذا قال المصنف فى المغنى ، والشارح ، فى الصلح عن المنكر : يشترط أن يعلم صدق المدعى . فلا تحل دعوى مالم يعلم ثبوته .

الثانية : له إثبات وكالته مع غيبة موكله ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : ليس له ذلك .

ويأتى فى باب أقسام المشهود به ما تثبت به الوكالة والخلاف فيه .

وإن قال : « أجب عنى خصمى » احتمل أنها كالخصومة ، واحتمل بطلانها . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب الرجوع فى ذلك إلى القرائن . فإن لم تدل قرينة فهو إلى الخصومة أقرب .

قوله ﴿ وإنْ وَكَّلَهُ فِى الإيدَاع ، فَأَوْدَعَ وَلَمْ يُشْهِدْ : لَمْ يَضْمَن ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح : ذكره أصحابنا .

قال فى الفروع : لم يصح فى الأصح .

وقيل : يضمن . وذكره القاضى رواية .

قوله ﴿ وَإنْ وَكَّلَهُ فِى قضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَأَنْكَرَ الغَرِيمُ ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب بشرطه . وعليه أكثر الأصحاب . كما لو أمره بالإشهاد فلم يفعل .

قال فى التلخيص : ضمن ، فى أصح الروايتين . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز ،

والخرق . وجزم به فى الصدقة ، وغيرها . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والمغنى ، والشرح ، والزركشى ، وقال : هذا المذهب .

وقال القاضى وغيره من الأصحاب : وسواء صدقه الموكل أو كذبه .

وعنه لايضمن سواء أمكنه الإشهاد أولا . اختاره ابن عقيل .

وقيل : يضمن إن أمكنه الإشهاد ولم يشهد ، و إلا فلا .

وقال فى الفروع : و يتوجه احتمال يضمنه إن كذبه الموكل ، و إلا فلا .

قال الزركشى : وهذا مقتضى كلام الخرقى .

قوله ﴿ إِلاَّ أَنْ يَقْضِيهُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ ﴾ .

يعنى أنه إذا قضاه بحضرة الموكل ، من غير إشهاد : لايضمن . وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وغيرهم .

قال فى الرعاية الكبرى . والفروع : لم يضمن فى الأصح .

قال الزركشى : هذا الصحيح .

وقيل : يضمن ، اعتماداً على أن الساكت لاينسب إليه قول .

وتقدم نظير هذه المسألة فيما إذا قضى الضامن الدين . وتقدم هناك : إذا أشهد ومات الشهود ونحو ذلك . والحكم هنا كذلك .

وتقدم أيضاً فى الرهن فيما إذا قضى العدل المرتهن .

وتقدم أيضاً فى الرهن : من طلب منه الرد ، وقبل قوله : هل له التأخير ليشهد أم لا ؟ وما يتعلق بذلك عند قوله « إذا اختلفا فى رد الرهن » والأصحاب يذكرون المسألة هنا .

قوله ﴿ وَالْوَكِيلُ أَمِينٌ . لاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا يَتْلَفُ فِى يَدِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِى الْهَلاَكِ وَنَفْىِ التَّفْرِيطِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب فى الجملة .

قال القاضي : إلا أن يدعي تلفاً بأمر ظاهر ، كالحريق والنهب ونحوهما . فعليه إقامة البينة على وجود ذلك في تلك الناحية . ثم يكون القول قوله في تلفها به . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والفائق ، والزركشي ، وغيرهم من الأصحاب .

قال في الفروع : ويقبل قوله في التلف . وكذا إن ادعاه بحادث ظاهر ، وشهدت بينة بالحادث : قُبل قوله مع يمينه .

وفي اليمين رواية : إذا أثبت الحادث الظاهر ، ولو باستفاضة : أنه لا يحلف . ويأتي نظير ذلك في الرد بعيبه .

قوله ﴿ وَلَوْ قَالَ : بِعْتُ الثَّوْبَ وَقَبَضْتُ الثمَنَ فَتَلِفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره ابن حامد .

قال في الفائق : قبل قوله في أصح الوجهين . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والوجيز ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وصححه في النظم .

قال في الرعايتين : قبل قول الوكيل في الأشهر . وقدمه في المغني ، والشرح .

وقيل : لا يقبل قوله . وهو احتمال في المغني ، والشرح . وأطلقهما في الكافي

فائدة : لو وكله في شراء عبد فاشتراه ، واختلفا في قدر الثمن . فقال « اشتريته بألف » فقال الموكل « بل بخمسمائة » فالقول قول الوكيل ، على الصحيح من المذهب . قدمه في المغني ، والشرح ، والفائق .

قال القاضي : القول قول الموكل ، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه الوكيل . فيكون القول قوله .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ إِلَى المُوَكِّلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . إِنْ كَانَ مُتَطَوِّعاً ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به الأكثر .

وقيل : لا يقبل قوله إلا ببينة . ذكره فى الرعاية .

وإن كان بجُعل : فعلى وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والحاويين ، والقواعد الفقهية ، والفائق .

أحدهما : يقبل قوله مع يمينه ، كالوصى . نص عليه . وهو المذهب . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى العمدة ، والوجيز . وقدمه فى الرعايتين . واختاره القاضى فى خلافه ، وابنه أبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى خلافه وغيرهم . وسواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها .

والوجه الثاني : لا يقبل قوله إلا ببينة . وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وابن عقيل وغيرهم . وقدمه فى والمحرر ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وصححه فى إدراك الغاية ، وغيره . وقطع به فى المنور وغيره .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ يَخْرُجُ فِي الأَجِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال فى الفائق : والوجهان فى الأجير والمرتهن . انتهى .

وكذا المستأجر والشريك ، والمضارب ، والمودع ونحوهم . قاله فى الرعاية وغيرها .

وتقدم فى كلام المصنف : أن القول قول الراهن إذا ادعى المرتهن رده ، وأنه المذهب .

وتقدم فى الباب الذى قبله : أن القول قول الولى فى دفع المال إلى المولى عليه ، على الصحيح .

ويأتى فى كلام المصنف فى المضاربة : أن القول قول رب المال فى رد المال إليه . ويأتى الخلاف فيه .

ويأتى فى كلام المصنف فى باب الوديعة : أن القول قول المودع فى الرد على الصحيح من المذهب .

فائدة : لو ادعى الرد إلى غير من ائتمنه بإذن الموكل : قبل قول الوكيل ، على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : لو قال « دفعتها إلى زيد بأمرك » قبل قوله فيهما . نص عليه . اختاره أبو الحسين التميمى . قاله فى القاعدة الرابعة والأربعين .

وقيل : لا يقبل قوله .

فقيل : لتفريطه بترك الإشهاد على المدفوع إليه . فلو صدقه الآمر على الدفع : لم يسقط الضمان .

وقيل : بل لأنه ليس أميناً للمأمور بالدفع إليه . فلا يقبل قوله فى الرد إليه . كالأجنبى .

وكل من الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الخرقى . هذا كلامه فى القواعد .

وقال فى الفروع : فلا يقبل قوله فى دفع المال إلى غير ربه وإطلاقهم ، ولا فى صرفه فى وجوه عينت له من أجرة لزمته . وذكره الأدمى البغدادى . انتهى .

وجزم فى الرعاية الكبرى ، فى موضع : أنه لا يقبل قول كل من ادعى الرد إلى غير من ائتمنه .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتَ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِي الشِّرَاءِ بِخَمْسَةٍ فَأَنْكَرَهُ : فعلى وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب .

أحدهما : القول قول الوكيل . وهو المذهب . نص عليه فى المضارب .

قال فى الرعاية الكبرى : صدق الوكيل فى الأشهر إن حلف . وقدمه

فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والحاوى الكبير ، والفروع ، والفائق .

والوجه الثانى : القول قول المالك . اختاره القاضى . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح . وجزم به الوجيز . وقدمه فى الكافى . وشرح ابن رزين .

فائدة : وكذا الحكم . لو قال « أذنت لى فى البيع بغير نقد البلد » أو اختلفا فى صفة الإذن . وكذا حكم المضارب فى ذلك كله . نص عليه . واختاره المصنف .

فعلى الوجه الثانى : إذا حلف المالك برىء من الشراء .

فلو كان المشترى جارية ، فلا يخلو : إما أن يكون الشراء بعين المال ، أو فى الذمة .

فإن كان بعين المال : فالبيع باطل . وترد الجارية على البائع إن اعترف بذلك .

وإن كذبه فى الشراء لغيره ، أو بمال غيره بغير إذنه : فالقول قول البائع .

فلو ادعى الوكيل علمه بذلك ، حلف : أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله . فإذا حلف مضى البيع ، وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ، ودفع الثمن إلى البائع . وتبقى الجارية فى يده لا تحل له . فإن أراد استحلالها اشتراها ممن هى له فى الباطن لتحل له ظاهراً وباطناً .

فلو قال « بعتكها إن كانت لى » أو « إن كنت أذنت لك فى شرائها بكذا فقد بعتكها » ففى صحته وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والقواعد .

أحدهما : لا يصح . لأنه بيع معلق على شرط . اختاره القاضى . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : يصح . لأن هذا واقع يعلمان وجوده . فلا يضر جعله شرطاً . كما لو قال : بعتك هذه الأمة إن كانت أمة .

قلت : وهو الصواب . وهو احتمال فى الكافى . ومال إليه هو وصاحب القواعد .

وكذا كل شرط علما وجوده . فإنه لا يوجب وقوف البيع ، ولا يؤثر فيه شكا أصلا .

وقد ذكر ابن عقيل فى الفصول : أن أصل هذا قولهم فى الصوم : إن كان غداً من رمضان فهو فرضى ، وإلا فنفل .

وذكر فى التبصرة : أن التصرفات كالبيع نساء . انتهى .

تنبيه : لو امتنع من بيعها من هى له فى الباطن : رفع الأمر إلى الحاكم ، ليرفق به ليبيعه إياها ، ليثبت له الملك ظاهراً وباطناً . فإن امتنع لم يجبر عليه . وله بيعها له ولغيره .

قال فى المجرد ، والفصول : ولا يستوفيه من تحت يده ، كسائر الحقوق .

قال الأزجى ، وقيل : يبيعه ويأخذ ماغرمه من ثمنه .

وقال فى الترغيب ، الصحيح : أنه لا يحل . وهل تقر بيده ، أو يأخذها الحاكم ، كمال ضائع ؟ على وجهين . انتهى .

وإن اشتراها فى الذمة ، ثم نقد الثمن : فالبيع صحيح . ويلزم الوكيل فى الظاهر .

فأما فى الباطن : فإن كان كاذباً فى دعواه : فالجارية له . وإن كان صادقاً : فالجارية لموكله . فإن أراد إحلالها : توصل إلى شرائها منه . كما ذكرنا أولا .

وكل موضع كانت للموكل فى الباطن ، وامتنع من بيعها للوكيل : فقد حصلت فى يد الوكيل ، وهى للموكل . وفى ذمته ثمنها للوكيل .

فأقرب الوجوه : أن يأذن الحاكم فى بيعها . ويوفيه حقه من ثمنها . فإن كانت للوكيل فقد بيعت بإذنه . وإن كانت للموكل : فقد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه .

قال المصنف والشارح ، وقد قيل : غير ذلك . وهذا أقرب إن شاء الله تعالى .

و إن اشتراها الوكيل من الحاكم بما له على الموكل : جاز .

وقال الأزجى : إن كان الشراء فى الذمة ، وادعى أنه يبتاع بمال الوكالة ، فصدقه البائع أو كذبه . فقيل : يبطل . كما لو كان الثمن معيناً . وكقوله « قبلت النكاح لفلان الغائب » فينكر الوكالة .

وقيل : يصح . فإذا حلف الموكل ما أذن له : لزم الوكيل .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : وَكَّلْتَنِى أَنْ أَتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةَ ، فَفَعَلْتُ . وَصَدَّقَتْهُ المرأةُ ، فَأَنْكَرَهُ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ المنكِرِ ﴾ .

نص عليه بغير يمين . قال الإمام أحمد رحمه الله : لا يستحلف .

قال القاضى : لأن الوكيل يدعى حقاً لغيره . فأما إن ادعته المرأة : فينبغى أن يستحلف . لأنها تدعى الصداق فى ذمته . وقاله الأصحاب بعده . وهو صحيح .

قوله ﴿ وَهَلْ يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والفصول ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والمحرر ، وشرحه .

إحداهما : لا يلزمه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والمصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى .

والرواية الثانية : يلزمه . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين . وجزم به ابن رزين فى نهايته ، ونظمها . وصححه فى النظم .

فوائد

الأولى : يلزم الموكل تطليقها ، على الصحيح من المذهب . صححه فى النظم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

وقيل : لا يلزمه . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو اتفق على أنه وكله فى النكاح . فقال الوكيل « تزوجت لك » وأنكره الموكل . فالقول قول الوكيل ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والحاوى الكبير ، والفائق .

وعنه القول قول الموكل . لاشتراط البينة . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الحاوى الصغير .

قال فى الرعايتين : قبل قول الموكل فى الأقيس .

وذكره فى التلخيص ، والترغيب عن أصحابنا ، كأصل الوكالة .

فعلى هذه الرواية : يلزم الموكل طلاقها ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . كالأولى . وقيل : لايلزمه .

وعلى الرواية الثانية : لايلزم الوكيل نصف المهر إلا بشرط .

الثالثة : لو قال « وكلتنى فى بيع كذا » فأنكر الموكل ، وصدق البائع : لزم وكيله فى ظاهر كلام المصنف . قاله فى الفروع ، وقال : وظاهر كلام غيره : أنه كمهر ، أو لايلزمه شىء . لعدم تفريطه بترك البينة . قال : وهو أظهر .

الرابعة : قوله ﴿ فَلَوقَالَ : بِـعْ ثَوْبِي بِعَشْرَةٍ ، فَمَا زَادَ فَلَكَ : صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾

قال الإمام أحمد رحمه الله : هل هذا إلا كالمضاربة ؟ واحتج له بقول ابن عباس ــ يعنى أنه أجاز ذلك ــ وهو من مفردات المذهب .

لكن لو باعه نسيئة بزيادة ، فإن قلنا : لايصح البيع . فلا كلام ، وإن قلنا : يصح ، استحق الزيادة . جزم به فى الفروع ، وغيره .

الخامسة : يستحق الجعل قبل قبض الثمن ، مالم يشترط عليه الموكل . جزم به فى المغنى ، والشرح .

وقال فى الفروع : وهل يستحق الجعل قبل تسليم ثمنه ؟ يتوجه فيه خلاف .

السادسة : يجوز توكيله بجعل معلوم أياما معلومة ، أو يعطيه من الألف شيئاً معلوماً ، لا من كل ثوب كذا ، لم يصفه ، ولم يقدر ثمنه فى ظاهر كلامه . واقتصر عليه فى الفروع . وله أجر مثله .

وإن عين الثياب المعينة فى بيع ، أو شراء من معين . ففى الصحة خلاف . قاله فى الفروع .

قلت : الصواب الصحة .

السابعة : لايصح التوكيل بجعل مجهول . ولـكن يصح تصرفه بالإذن . ويستحق أجرة المثل .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لإِنْسَانٍ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ وَكِيلُ صَاحِبِهِ فِى قَبْضِهِ ، فَصَدَّقَهُ : لَمْ يَلْزَمْهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ : لَمْ يُسْتَحْلَفْ ﴾

بلا نزاع . كدعوى وصية .

فإن دفعه إليه . فأنـكر صاحب الحق الوكالة : حلف ، ورجع على الدافع وحده .

فإن كان المدفوع وديعة ، فوجدها أخذها . وإن تلفت ، فله تضمين من شاء منهما . ولا يرجع من ضمنه على الآخر .

وقال فى الفروع : ومتى أنـكر رب الحق الوكالة :حلف ، ورجع على الدافع . وإن كان ديناً ، وهو على الوكيل ، مع بقائه أو تعديه ـ وإن لم يتعد فيه ـ مع تلفه : لم يرجع على الدافع . وإن كان عينا أخذها . ولايرجع من ضمنه على الآخر . انتهى .

فائدة : متى لم يصدق الدافع الوكيل : رجع عليه . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله وفاقا . وقال : مجرد التسليم ليس تصديقاً .

وقال : وإن صدقه ضمن أيضاً فى أحد القولين فى مذهب الإمام أحمد ، بل نصه . لأنه إن لم يتبين صدقه ، فقد غرَّه .

ولو أخبر بتوكيل ، فظن صدقه : تصرف وضمن ، فى ظاهر قوله . قاله فى الفروع .

وقال الأزجى : إذا تصرف بناء على هذا الخبر ، فهل يضمن ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضى فى الخلاف ، بناء على صحة الوكالة وعدمها ، وإسقاط التهمة فى شهادته لنفسه .

والأصل فى هذا : قبول الهدية إذا ظن صدقه ، و إذن الغلام فى دخوله بناء على ظنه .

ولو شهد بالوكالة اثنان ، ثم قال أحدهما « قد عزله » لم تثبت الوكالة ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويتوجه بلى . كقوله بعد حكم الحاكم بصحتها . وكقول واحد غيرهما .

ولو أقاما الشهادة حسبُ بلا دعوى الوكيل ، فشهدا عند الحاكم : أن فلانا الغائب وكل هذا الرجل فى كذا . فإن اعترف ، أو قال « ماعلمت هذا ، وأنا أتصرف عنه » ثبتت وكالته . وعكسه « ماأعلم صدقهما » فإن أطلق ، قيل: فسره .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ ادَّعَى أَنْ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالَهُ بِهِ ، فَفِي وُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ ـ مَعَ التَّصْدِيقِ وَالْيَمِينِ مَعَ الْإِنْكَارِ ـ وَجْهَانِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، وعقود ابن البنا ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، ونهاية ابن رزين ، ونظمها ، و إدراك الغاية .

أحدهما : لايجب الدفع إليه مع التصديق ، ولا اليمين مع الإنكار، كالوكالة .

قال فى الفروع : هذا أولى .

قال المصنف ، والشارح : هذا أشبه وأولى . لأن العلة فى جواز منع الوكيل : كون الدافع لايبرأ . وهى موجودة هنا . والعلة فى وجود الدفع إلى الوارث : كونه

مستحقا ، والدفع إليه يبرىء . وهو متخلف هنا . فإلحاقه بالوكيل أولى . انتهيا .

وجزم به الأدمى فى منتخبه . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهذا المذهب ، على ما اصطلحناه فى الخطبة .

قال فى تصحيح المحرر : وذكر ابن مصنف المحرر فى شرح الهداية ـ لوالده ـ أن عدم لزوم الدفع اختيار القاضى .

والوجه الثانى : يجب الدفع إليه ، مع التصديق ، واليمين مع الإنكار . صححه فى التصحيح ، والنظم .

قال فى الرعايتين : لزمه ذلك فى الأصح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به الوجيز . وصححه شيخنا فى تصحيح المحرر . وقدمه فى تجريد العناية .

فائدة : تقبل بينة المحال عليه على المحيل . فلا يطالبه . وتعاد لغائب محتال بعد دعواه . فيقضى بها له إذن .

قوله ﴿ فَإِنِ ادَّعَى أَنهُ مَاتَ ، وَأَنَا وَارِثهُ : لَزِمَهُ الدَّفْعُ إلَيْهِ ، مَعَ التَّصْدِيقِ ، وَاليَمِينُ مَعَ الإنْـكَارِ ﴾

وهذا بلا نزاع ، وسواء كان دينا أو عينا ، وديعة أو غيرها .

وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة و بين مسألة الحوالة . والله أعلم .

كتاب الشركة

فوائد

الأولى « الشركة » عبارة عن اجتماع فى استحقاق ، أو تصرف . فالأول : شركة ملك أو استحقاق . والثانى : شركة عقود . وهى المراد هنا .

الثانية : لاتكره مشاركة الكتابى إذا ولى المسلم التصرف ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقطع به الأكثر . وكرهها الأزجى .

وقيل : تكره مشاركته إذا كان غير ذمى .

الثالثة : تكره مشاركة المجوسى . نص عليه .

قلت : ويلحق به الوثنى ومن فى معناه .

الرابعة : تكره مشاركة من فى ماله حلال وحرام ، على الصحيح من المذهب . اختاره جماعة . وقدمه فى الفروع .

وعنه : تحرم . جزم به فى المنتخب . وجعله الأزجى قياس المذهب .

ونقل جماعة : إن غلب الحرام : حرمت معاملته ، وإلا كرهت .

وقيل : إن جاوز الحرام الثلث : حرمت معاملته ، وإلا كرهت .

الخامسة : قيل « العنان » مشتق من عَنَّ إذا عرض . فكل واحد من الشريكين عَنَّ له أن يشارك صاحبه . قاله الفراء وابن قتيبة وغيرهما .

وقيل : هو مصدر من المعارضة . فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله .

وقيل : سميت بذلك ، لأنهما يتساويان فى المال والتصرف ، كالفارسين إذا سَوَّيا بين فرسيهما ، وتساويا فى السير . فإن عنانيهما يكونان سواء . قطع به فى التلخيص ، وغيره .

قوله ـ فِي شِرْكَةِ العَنَانِ ـ ﴿ وَهِيَ : أَن يَشْتَرِكَ اثْنَانِ بِمَالَيْهِمَا ﴾ .

يعنى : سواء كانا من جنس أو جنسين .

من شرط صحة الشركة : أن يكون المالان معلومين . وإن اشتركا فى مختلط بينهما شائعاً : صح . إن علما قدر ما لكل واحد منهما .

ومن شرط صحتها أيضاً : حضور المالين . على الصحيح من المذهب . لتقدير العمل ، وتحقيق الشركة إذن ، كالمضاربة . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : أو حضور مال أحدهما . اختاره القاضى فى المجرد . وحمله فى التلخيص على شرط إحضاره .

وقوله ﴿ لِيَعْمَلَا فِيهِ بِبَدَنَيْهِمَا ﴾ بلا نزاع .

والصحيح من المذهب : أو يعمل فيه أحدهما ، لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله .

قال فى الفروع : والأصح : وأحدهما بهذا الشرط .

وقال فى الرعاية الكبرى : أو يعمل فيه أحدهما فى الأصح فيه . انتهى .

وقال فى التلخيص : فإن اشتركا على أن العمل من أحدهما فى المالين : صح . ويكون عناناً ومضاربة .

وقال فى المغنى : هذا شركة ومضاربة . وقاله فى الكافى ، والشارح .

وقال الزركشى : هذه الشركة تجمع شركة ومضاربة . فمن حيث إن كل واحد منهما يجمع المال : تشبه شركة العنان ، ومن حيث إن أحدهما يعمل فى مال صاحبه فى جزء من الربح : هى مضاربة . انتهى .

وهى شركة عنان ، على الصحيح من المذهب . وقيل : مضاربة .

فإن شرط له ربحاً قدر ماله : فهو إبضاع .

وإن شرط له ربحاً أقل من ماله : لم يصح على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ،

والفائق ، والحاويين ، وغيرهم . واختاره القاضي في المجرد .

وفيه وجه آخر . وهو ظاهر كلام الخرقي . وذكره القاضي في العارية في المجرد . وأطلقهما في التلخيص .

قوله ﴿ فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِمَا بِحُكْمِ الْمِلْكِ فِي نَصِيبِهِ ، وَالْوَكَالَةِ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ ﴾ بلا نزاع .

وقال في الفروع : وهل كل منهما أجير مع صاحبه ؟ فيه خلاف .

فإن كان أجيراً مع صاحبه ، فما ادعى تلفه بسبب خفي : خرج على روايتين .

قاله في الترغيب . وإن كان بسبب ظاهر : قبل قوله .

ويقبل قول رب اليد : أن ما بيده له .

ولو ادعى أحدهما القسمة : قبل قول منكرها .

قوله ﴿ وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ . أَحَدُهُمَا : أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ﴾ .

هذا المذهب . قاله المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وصاحب الفروع ، وغيرهما . هذا ظاهر المذهب .

قال في المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

وجزم به في تذكرة ابن عقيل ، وخصال ابن البنا ، والجامع ، والمبهج ، والوجيز ، والمذهب الأحمد ، ومنتخب الأدمي ، وغيرهم .

وقدمه في الخلاصة ، والهادي ، والمغني ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وشرح ابن منجا ، وغيره .

وعنه : تصح بالعروض .

قال ابن رزين فى شرحه : وعنه : تصح بالعروض وهى أظهر . واختاره أبو بكر ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر ، والنظم .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والكافى ، والتلخيص .

فعلى الرواية الثانية : يجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، كما قال المصنف . ويرجع كل واحد منهما عند المفارقة بقيمة ماله عند العقد ، كما جعلنا نصابها قيمتها ، وسواء كانت مثلية أو غير مثلية .

[وقال فى الفروع : عند العقد . كما جعلنا نصابها قيمتها ، وسواء كانت مثلية أو غير مثلية][1] .

وقال فى الفروع ، وقيل : فى الأظهر تصح بمثلى .

وقال فى الرعاية ، وعنه : تصح بكل عرض متقوم .

وقيل : مثلى . ويكون رأس المال مثله وقيمة غيره . انتهى .

قوله ﴿ وهَلْ تَصِحُّ بِالْمَغْشُوشِ وَالْفُلُوسِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا لم تصح بالعروض . وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والهداية ، والمستوعب ، والخلاصة . ذكروه فى المضاربة ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا . وأطلقهما فى الشرح في المغشوس .

أحدهما : لا تصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وقدمه ابن رزين . وقدمه فى المغنى ، وشرح المجد ، والشرح : فى الفلوس . وقالا : حكم المغشوش حكم العروض . وكذا قال فى الكافى .

---

(١) مابين المربعين ليس فى نسخة المصنف .

والوجه الثانى : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته إذا كانت نافقة .

وقال فى الرعاية الـكبرى ، قلت : إن علم قدر الغش وجازت المعاملة : صحت الشركة ، و إلا فلا .

و إن قلنا الفلوس موزونة كأصلها ، أو أثمان : صحت ، و إلا فلا . انتهى .

وصاحب الفروع : اشترط النفاق فى المغشوش ، كالفلوس . وذكر وجهاً فيها بالصحة ، و إن لم تكن نافقة كالفلوس .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى الفلوس : أنها سواء كانت نافقة أو لا . وهو أحد الوجهين .

والصحيح من المذهب : أن محل الخلاف : إذا كانت نافقة . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وفى الترغيب : فى الفلوس النافقة روايتان .

فائدة : إذا كانت الفلوس كاسدة ، فرأس المال قيمتها ، كالعروض . و إن كانت نافقة : كان رأس المال مثلها . وكذلك الأثمان المغشوشة إذا كانت نافقة .

وقيل : رأس المال قيمتها ، و إن قلنا الفلوس النافقة كنقد : فمثلها . و إن قلنا كعرض : فقيمتها . وكذا النقد المغشوش . قاله فى الرعاية .

فوائد

إحداها : حكم «النُّقرة»[1] وهى التى لم تضرب : حكم الفلوس . قاله الأصحاب

الثانية : حكم المضاربة — فى اختصاص النقدين بها . والعروض ، والمغشوش ، والفلوس — حكم شركة العنان ، خلافاً ومذهباً . قاله الأصحاب .

الثالثة : لا أثر لغش يسير فى ذهب وفضة إذا كان للمصلحة ، كحبة فضة ونحوها

(١) بضم النون : سبيكة الفضة .

فى دينار ، فى شركة العنان والمضاربة والربا وغير ذلك . قاله المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿وَالثَّانِى : أَنْ يَشْتَرِطَا لِكُلِّ وَاحِدٍ جُزْءًا مِنَ الرِّبْحِ مُشَاعًا مَعْلُومًا . فَإِنْ قَالاَ : الرِّبْحُ بَيْنَنَا ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ . فَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا الرِّبْحَ ، أَوْ شرطَا لأَحَدِهِمَا جُزْءًا مَجْهُولاً ، أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، أَوْ رِبْحَ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ : لَمْ يَصِحَّ﴾ بلا نزاع فى ذلك .

قوله ﴿وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ يَخْلِطَا الْمَالَيْنِ﴾

بل يكفى النية إذا عيناهما . وقطع به الأصحاب . وهو من المفردات . وجزم به ناظمها . لأنه مورد عقد الشركة . ومحله العمل . والمال تابع ، لا العكس . والربح نتيجة مورد العقد .

فائدة : لفظ « الشركة » يغنى : عن إذن صريح بالتصرف . على الصحيح من المذهب . وهو المعمول به عند الأصحاب . قاله فى الفصول .

قال فى الفروع : ويغنى لفظ « الشركة » على الأصح . وقدمه فى التلخيص ، والفائق .

وعنه : لابد من لفظ يدل على الإذن . نص عليه . وهو قول فى التلخيص . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿وَإِنْ تَلِفَ أَحَدُ الْمَالَيْنِ : فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِمَا﴾ .

يعنى إذا تلف بعد عقد الشركة . وشمل مسألتين .

إحداهما : إذا كانا مختلطين . فلا نزاع أنه من ضمانهما .

الثانية : إذا تلف قبل الاختلاط فهو من ضمانهما أيضاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : من ضمان صاحبه فقط . ذكرها فى التمام .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ ﴾ .

يعنى ولو رضى شريكه ، وله أن يقرّ به بلا نزاع .

قال فى التبصرة : ولو بعد فسخها .

قوله ﴿ وَأَنْ يُقَايِلَ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى ، والشرح ، والفروع : ويقايل فى الأصح .

وقال فى المغنى : الأولى : أنه يملك الإقالة . لأنها إذا كانت بيعاً : فهو يملك البيع . وإن كانت فسخاً : فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه . فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان فيه حظ . فإنه يشترى مايرى أنه قد غبن فيه . انتهى .

قال فى القواعد : الأكثرون على أن المضارب ، والشريك : يملك الإقالة للمصلحة . سواء قلنا : هى بيع ، أو فسخ . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : ليس له ذلك . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : يجوز مع الإذن ، وإلا فلا .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن لا يملكها ، إذا قلنا : هى فسخ .

قال ابن منجا فى شرحه ، قال فى المغنى : إن قلنا هى بيع : ملكها . لأنه يملك البيع . وإن قلنا هى فسخ : لم يملكها . لأن الفسخ ليس من التجارة .

ثم قال فى المغنى : وقد ذكرنا أن الصحيح : أنها فسخ . فلا يملكها . انتهى .

ولعله رأى ذلك فى غير هذا المحل .

وقال فى الفصول ، على المذهب : لا يملك الإقالة . وعلى القول بأنها بيع : يملكها . وتقدم ذلك فى فوائد الإقالة .

قوله ﴿وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّقِيقَ ، وَلَا يَعْتِقَهُ بِمَالٍ ، وَلَا يُزَوِّجَهُ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والفائق ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : له ذلك .

قلت : حيث كان فى عتقه بمال مصلحة : جاز .

قوله ﴿وَلَا يُقْرِضَ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثر الأصحاب . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والمغنى . والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، ونحوهم . وقدمه فى الفروع .

وقال ابن عقيل : يجوز للمصلحة .

[يعنى : على سبيل القرض . صرح به فى التلخيص وغيره] .

قوله ﴿وَلَا يُضَارِبَ بِالْمَالِ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه الأصحاب .

وفيه تخريج من جواز توكيله . ويأتى ذلك فى المضاربة عند قوله « وليس للمضارب أن يضارب الآخر » لأن حكمهما واحد .

فائدة : حكم المشاركة فى المال حكم المضاربة .

قوله ﴿ وَلاَ يَأْخُذَ بِهِ سَفْتَجَةً ﴾

وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يجوز أخذها .

قال فى الفروع : وهذا أصح . لأنه لاضرر فيها .

قلت : وهو الصواب . إذا كان فيه مصلحة .

وأما إعطاء السفتجة : فلا يجوز . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا وغيرهم ، كما جزم به المصنف هنا .

فائدتان

إحداهما : معنى قوله « يأخذ سفتجة » أن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة . ويأخذ منه كتابا إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه ذلك المال .

ومعنى قوله « يعطيها » أن يأخذ من إنسان بضاعة ، ويعطيه بثمن ذلك كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه ذلك . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما . لأن فيه خطراً .

الثانية : يجوز لكل واحد منهما أن يؤجر ويستأجر .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ أَنْ يُودِعَ ، أَوْ يَبِيعَ نَسَاءً ، أَوْ يُبَضِّعَ ، أَوْ يُوَكِّلَ فِيماَ يَتَوَلَّي مِثْلَه ، أَوْ يَرْهَنَ ، أَوْ يَرْتَهِنَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

أما جواز الإيداع : فأطلق المصنف فيه وجهين . وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

أحدهما : يجوز عند الحاجة . وهو الصحيح من المذهب . وصححه فى التصحيح والنظم .

قال فى المغنى ، والشرح : والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة .

قال الناظم : وهو أولى . جزم به فى الوجيز .

والثانى :لا يجوز .

قال فى المحرر ، والفائق : لايملك الإيداع فى أصح الوجهين . وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى .

وأما جواز البيع نساء : فأطلق المصنف فيه وجهين . وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والزركشى . وأطلقهما الخرقى فى ضمان مال المضاربة .

أحدهما : له ذلك . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى الكافى وغيره .

وقال فى الفائق : ويملك البيع نساء ، فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : وهو مقتضى كلام الخرقى . وصححه فى التصحيح .

قال الناظم : هذا أقوى .

قال فى الفروع : ويصح فى الأصح . ذكره فى باب الوكالة ، عند الكلام على جواز بيع الوكيل نساء . وقدمه فى المحرر هناك . واختاره ابن عقيل .

وجزم المصنف فى باب الوكالة بجواز البيع نساء للمضارب . وحكم المضاربة حكم شركة العنان .

والثانى : ليس له ذلك . جزم به فى منتخب الأزجى ، والعمدة .

فعلى هذا الوجه ، قال المصنف : هو من تصرف الفضولى .

وقال الزركشى : يلزمه ضمان الثمن .

قلت : وينبغى أن يكون حالا . والبيع صحيح . انتهى .

وأما جواز الإبضاع ـ ومعناه : أن يعطى من مال الشركة لمن يتجر فيه والربح كله للدافع ـ فأطلق المصنف فيه وجهين . وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والـكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين .

إحداهما : لايجوز له ذلك . وهو المذهب .

قال فى الفروع : ولا يبضع فى الأصح . وقدمه فى المحرر ، والفائق .

والوجه الثانى : يجوز . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . قال الناظم : هذا أولى .

وأما جواز التوكيل فيما يتولى مثله : فأطلق المصنف فيه الوجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واعلم أن فى جواز التوكيل فى شركة العنان والمضاربة طريقين .

أحدهما : أن حكمهما حكم توكيل الوكيل فيما يتولى مثله . وهى طريقة جمهور الأصحاب .

قال فى القواعد : هى طريقة القاضى ، والأكثرين . وهو كما قال .

وقد علمت الصحيح من المذهب : أنه لايجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله إذا لم يعجز عنه فـكذلك هنا .

والطريق الثانى : يجوز لهما التوكيل هنا . وإن منعنا فى الوكيل . وقدمه فى المحرر . ورجحه أبو الخطاب فى رءوس المسائل . وصححه فى التصحيح . وذلك لعموم تصرفهما وكثرته ، وطول مدته غالباً . وهذه قرائن تدل على الإذن فى التوكيل فى البيع والشراء .

قال ابن رجب : وكلام ابن عقيل يشعر بالفرق بين المضارب والشريك . فيجوز للشريك التوكيل . لأنه علل بأن الشريك استفاد بعقد الشركة ماهو

دونه ، وهو الوكالة . لأنها أخص والشركة أعم . فكان له الاستنابة فى الأخص . بخلاف الوكيل . فإنه استفاد بحكم العقد مثل العقد . وهذا يدل على إلحاقه المضارب بالوكيل . انتهى .

ويأتى فى المضاربة : هل للمضارب أن يدفع مال المضاربة لآخر ليضارب به أم لا ؟

وأما جواز رهنه وارتهانه : فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يجوز . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى ، والشرح : أصح الوجهين : له ذلك عند الحاجة .

قال فى الفروع : له أن يرهن ويرتهن فى الأصح .

قال فى النظم : هذا الأقوى . وصححه فى التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى منتخب الأزجى .

قال فى الوجيز ، والمنور : ويفعل المصلحة . وقدمه في المحرر ، والفائق .

والوجه الثانى : المنع من ذلك .

فائدتان

إحداهما : يجوز له السفر . على الصحيح من المذهب ، مع الإطلاق . جزم به فى منتخب الأزجى . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والمحرر .

قال القاضى : قياس المذهب جوازه .

وعنه لا يسوغ له السفر بلا إذن . نصرها الأزجى . وهما وجهان مطلقان فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

الثانية : لو سافر والغالب العطب : ضمن . على الصحيح من المذهب . ذكره

أبو الفرج . وقدمه فى الفروع ، وقال : وظاهر كلام غيره : وفيما ليس الغالب السلامة : يضمن أيضاً . انتهى .

قال فى الرعاية : و إن سافر سفراً ظنه آمناً : لم يضمن . انتهى .

وكذا حكم المضاربة .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَدِينَ ﴾

بأن يشترى بأكثر من رأس المال .

هذ المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : ولا يملك الاستدانة فى المنصوص . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والكافى ، وغيرهم . وصححه فى النظم وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يجوز له ذلك .

قال القاضى : إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما .

فائدتان

إحداهما : لايجوز له الشراء بثمن ليس معه من جنسه ، غير الذهب والفضة ، على الصحيح من المذهب . وعليه الجمهور . وجزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال المصنف : يجوز كما يجوز بفضة ومعه ذهب وعكسه .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى النظم .

الثانية : لو قال له « اعمل برأيك » جاز له فعل كل ماهو ممنوع منه مما تقدم إذا رآه مصلحة . قاله أكثر الأصحاب .

وقال القاضى فى الخصال : ليس له أن يقرض ، ولا يأخذ سفتجة على سبيل القرض . ولا يستدين عليه . وخالفه ابن عقيل وغيره . ذكره فى المستوعب فى المضاربة . وقدم ماقاله القاضى فى التلخيص .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ أَخَّرَ حَقَّهُ مِنَ الدَّيْنِ : جَازَ ﴾ أنه لا يجوز تأخير حق شريكه . وهو صحيح . وهو المذهب . قدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يجوز تأخيره أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ تَقَاسَمَا الدَّيْنَ فِي الذِّمَّةِ : لَمْ يَصِحَّ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾

وهو المذهب .

قال فى المغنى : هذا الصحيح . وصححه فى التصحيح . واختاره أبو بكر . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والمستوعب ، والشرح ، وغيرهم .

قال فى تجريد العناية : لا يقسم على الأشهر .

قال ابن رزين فى شرحه : لا يجوز فى الأظهر .

والرواية الثانية : يصح . صححه فى النظم . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى الرعايتين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير .

تنبيه : مراده بقوله « فى الذمة » الجنس .

فمحل الخلاف : إذا كان فى ذمتين فأكثر . قاله الأصحاب .

أما إذا كان فى ذمة واحدة : فلا تصح المقاسمة فيها ، قولاً واحداً . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز أيضاً . ذكره عنه فى الاختيارات وذكره ابن القيم رحمه الله رواية فى أعلام الموقعين .

فائدة : لو تكافأت الذمم ، فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب من الحوالة على ملىء : وجوبه .

قوله ﴿ وَ إنْ أَبرَأَ مِنَ الدَّيْنِ : لَزِمَ فِى حَقِّه ، دُونَ حَقِّ صَاحِبِهِ ﴾ .

بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّ بمال ﴾ .

يعنى لا يقبل فى حق شريكه . و يلزم فى حقه . وهو المذهب . سواء كان بعين ، أو بدين . جزم به فى الوجيز ، والكافى . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والشرح . وجزم به فى المغنى .

وقال : إن أقر ببقية ثمن المبيع ، أو بجميعه ، أو بأجر المنادى ، أو الحمال ونحوه وأشباه هذا : ينبغى أن يقبل . لأنه من توابع التجارة .

وقال القاضى فى الخصال : يقبل إقراره على مال الشركة . وصححه فى النظم .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى الفروع .

فائدة حسنة : إذا قبض أحد الشريكين من مال مشترك بينهما بسبب واحد — كإرث ، أو إتلاف ، قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : أو ضريبة سبب استحقاقها واحد — فلشريكه الأخذ من الغريم . وله الأخذ من الآخذ . على الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى ، والشرح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى الرعايتين ، والحاويين : له ذلك . على الأصح . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، وقال : جزم به الأكثر . ونص عليه فى رواية حنبل ، وحرب .

وقال أبو بكر : العمل عليه .

وعنه : لا يشاركه فيما أخذ . كما لو تلف المقبوض فى يد قابضه . فإنه يتعين حقه فيه . ولا يرجع على الغريم ، لعدم تعديه . لأنه قدر حقه . و إنما شاركه لثبوته مشتركا . مع أن الأصحاب ذكروا لو أخرجه القابض برهن ، أو قضاء دين : فله أخذه من يده ، كمقبوض بعقد فاسد .

قال فى الفروع : فيتوجه منه : تعديه فى التى قبلها و يضمنه . وهو وجه فى النظم . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

و يتوجه من عدم تعديه : صحة تصرفه . وفى التفرقة نظر ظاهر . انتهى .

فإن كان القبض بإذن شريكه ، أو بعد تأجيل شريكه حقه ، أو كان الدين بعقد . فوجهان . وأطلقهما فى الفروع . وأطلقهما فى النظم ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، فيما إذا كان الدين بعقد .

والصحيح منهما : أنه كالميراث وغيره ، كما تقدم .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب ، فيما إذا كان بعقد .

وقالا فيما إذا أجل حقه : ماقبضه الآخر لم يكن لشريكه الرجوع عليه . ذكره القاضى .

قال : والأولى أن له الرجوع .

وقال فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق : و إن قبضه بإذنه : فلا مخاصمة فى الأصح . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . واختاره الناظم .

وقال فى الفائق : فإن كان بعقد ، فلشريكه حصته . على أصح الروايتين .

قال فى الفروع : ونصه ـ فى شريكين وليا عقد مداينة ـ لأحدهما أخذ نصيبه . وفى دين من ثمن مبيع ، أو قرض ، أو غيره : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الذى يظهر : أنه كالدين الذى بعقد . بل هو من جملته .

فأما فى الميراث : فيشاركه . لأنه لايتجزأ أصله . ولو أبرأ منه : صح فى نصيبه . ولو صالح بعرض : أخذ نصيبه من دينه فقط . ذكره القاضى ، واقتصر عليه فى الفروع

وللغريم التخصيص ، مع تعدد سبب الاستحقاق . ولكن ليس لأحدهما إكراهه على تقديمه .

تنبيه : ذكر هذه المسألة فى المحرر والفروع فى التصرف فى الدين . وذكرها المصنف والشارح وغيرهما فى هذا الباب .

وذكرها فى الرعايتين والحاويين والنظم فى آخر باب الحوالة . ولكل منها وجه

قوله ﴿ وَمَا جرَتْ الْعَادَةُ أنْ يَسْتَنِيبَ فِيهِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَفْعَلُهُ ﴾ بلا نزاع .

لكن لو استأجر أحدهما الآخر فيما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه ـ كنقل طعام بنفسه ، أو غلامه ، أو دابته ـ جاز كداره . قدمه فى الفروع . وقال : نقله الأكثر .

وقدمه فى المغنى ، والشرح . ذكراه فى المضاربة .

وعنه : لايجوز . لعدم إيقاع العمل فيه . لعدم تمييزنصيبهما . اختاره ابن عقيل .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَهُ لِيَأْخُذَ أُجْرَتَهُ . فَهَلْ لَهُ ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : ليس له أخذ أجرة . وهو المذهب . صححه المصنف فى المغنى ، وصاحب التصحيح ، والنظم .

قال فى الفروع : ليس له فعله بنفسه ، ليأخذ الأجرة بلا شرط . على الأصح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والشرح .

والوجه الثانى : يجوز له الأخذ .

قوله ﴿ والشُّرُوطُ فِي الشركَةِ ضَرْبَانِ : صَحِيحٌ ، وَفَاسِدٌ . فالفاسد : مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ ما يَعُودُ بِجَهَالَةِ الرِّبْحِ ، أَوضَمانِ المالِ ، أَو أَنَّ عَلَيْهِ مِنْ الوَضِيْعَةِ أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ مَالِه ، أَو أَنْ يُوَلِّيَهُ مايَخْتَارُ مِنَ السِّلَعِ ، أَوْ يَرْتَفِقُ بِها ، أَوْلاَ يَفْسَخُ الشِّرِكَهُ مُدَّةً بِعَينِها ، ونحو ذلك ﴾ .

فما يعود بجهالة الربح : يفسد به العقد ، مثل أن يشترط المضارب جزءاً من

الربح مجهولا ، أو ربح أحد الكيسين ، أو أحد الألفين ، أو أحد العبدين ، أو إحدى السفرتين ، أو مايربح فى هذا الشهر ، ونحو ذلك . فهذا يفسد العقد بلا نزاع .

قال فى الوجيز : وإن شرط توقيتها ، أو مايعود بجهالة الربح : فسد العقد . وللعامل أجرة المثل .

ويخرج فى سائرها روايتان . وشمل قسمين .

أحدهما : ماينافى مقتضى العقد ، نحو أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدة بعينها ، أو لايبيع إلا برأس المال أو أقل ، أو أن لايبيع إلا ممن اشترى منه ، أو شرط أن لايبيع أو لا يشترى ، أو أن يوليه مايختاره من السلع ونحو ذلك .

والثانى : كاشتراط ماليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه . نحو أن يشترط على المضارب : المضاربة له فى مال آخر ، أو يأخذه بضاعة ، أو قرضاً ، أو أن يخدمه فى شىء بعينه ، أو أن يرتفق ببعض السلع ، كلبس الثوب ، واستخدام العبد ، أو أن يشترط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ونحو ذلك .

إحداهما : لايفسد العقد . وهو الصحيح من المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . صححه فى التصحيح .

قال فى المغنى ، والشرح : المنصوص عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى أظهر الروايتين : أن العقد صحيح .

قال فى الفروع ، فالمذهب : صحة العقد . نص عليه . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق . وجزم به فى الوجيز .

والرواية الثانية : يفسد العقد . ذكرها القاضى ، وأبو الخطاب .

وذكرها أبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد وغيرهم : تخريجاً من البيع والمزارعة .

قوله ﴿ وَإِذَا فَسَدَ العَقْدُ : قُسِّمَ الرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والفروع ، والحاوى

الصغير ، والفائق ، والمغنى . وقال : هذا المذهب . واختاره القاضى وغيره .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وعنه : إن فسد بغير جهالة الربح : وجب المسمى .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله ظاهر المذهب .

قال فى المغنى : واختار الشريف أبو جعفر : أنهما يقتسمان الربح على ماشرطاه . وأجراها مجرى الصحيحة . انتهى .

وأطلق فى الترغيب روايتين .

وأوجب الشيخ تقى الدين فى الفاسد نصيب المثل . فيجب من الربح جزء جرت العادة فى مثله . وأنه قياس مذهب الإمام أحمد رحمه الله . لأنها عنده مشاركة ، لا من باب الإجارة .

قوله ﴿ وَهَلْ يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ ؟ على وجهين ﴾ .

هما روايتان فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والفائق .

أحدهما : له الرجوع . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : يرجع بها على الأصح .

وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير : واختاره القاضى . ذكره فى التصحيح الكبير .

والوجه الثانى : لا يرجع . اختاره الشريف أبو جعفر . وأجراها كالصحيحة .

فائدتان

إحداهما : لو تعدى الشريك مطلقاً ضمن . والربح لرب المال ، على الصحيح من المذهب . ونقله الجماعة . وهو المذهب عند أبى بكر ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وذكر جماعة : إن اشترى بعين المـال فهو كفضولى . ونقله أبو داود .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

وذكر بعضهم : إن اشترى فى ذمته لرب المال ، ثم نقده وربح ، ثم أجازه : فله الأجرة فى رواية . و إن كان الشراء بعينه فلا .

وعنه : له أجرة مثله . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . ذكروه فى تعدى المضارب .

وقال فى المغنى ، والشرح : له أجرة مثله مالم يحط بالربح . ونقله صالح ، وأن الإمام أحمد رحمه الله كان يذهب إلى أن الربح لرب المـال ، ثم استحسن هذا بعد . وهو قول فى الرعاية .

وعنه : له الأقل منهـا ، أو ماشرط من الربح .

وعنه : يتصدقان به .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه بينهما على ظاهر المذهب .

وفى بعض كلامه : إن أجازه بقدر المال والعمل . انتهى .

قال ناظم المفردات :

وإن تعدى عامل ما أمَرا ... به الشريك ثم ربح ظهرا

وأجرة المثـل له . وعنـه لا ... والربح للمالك نص نقلا

وعنـه بل صدقه ذا يحسن ... لأن ذاك ربح ما لا يضمن

ذكرها فى المضاربة .

الثانية : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الربح الحاصل من مال لم يأذن مالـكه فى التجارة به ، قيل : للمالك . وقيل : للعامل . وقيل : يتصدقان به . وقيل : بينهما على قدر النفعين ، بحسب معرفة أهـل الخبرة . قال : وهو أصحها ، إلا أن يتجر به على غير وجه العدوان ، مثل : أن يعتقد أنه مال نفسـه ، فيبين مال غيره . فهنا يقتسمان الربح بلا ريب .

وقال فى الموجز ــ فيمن اتجر بمال غيره مع الربح فيه ــ : له أجرة مثله . وعنه يتصدق به .

وذكر الشيخ تقى الدين أيضاً فى موضع آخر : أنه إن كان عالماً بأنه مال الغير ، فهنا يتوجه قول من لا يعطيه شيئاً . فإذا تاب أبيح له بالقسمة . فإذا لم يتب ففى حله نظر .

قال : وكذلك يتوجه فيما إذا غصب شيئاً ــ كفرس ــ وكسب به مالا : يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما ، بأن تُقَوَّم منفعة الراكب ومنفعة الفرس ، ثم يقسم الصيد بينهما .

وأما إذا كسب : فالواجب أن يعطى المالك أكثر الأمرين : من كسبه ، أو قيمة نفعه . انتهى .

فائدة « المضاربة » هى دفع ماله إلى آخر يَتَّجِر به . والربح بينهما . كما قال المصنف . وتسمى « قراضا » أيضاً .

واختلف فى اشتقاقها . والصحيح : أنها مشتقة من الضرب فى الأرض . وهو السفر فيها للتجارة غالباً .

وقيل : من ضرب كل واحد منهما بسهم فى الربح .

و « القراض » مشتق من القطع على الصحيح . فكأن رب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح .

وقيل : مشتق من المساواة والموازنة . فمن العامل : العمل ، ومن الآخر : المال . فتوازنا .

ومبنى « المضاربة » على الأمانة والوكالة . فإذا ظهر ربح صار شريكا فيه .
فإن فسدت : صارت إجارة . ويستحق العامل أجرة المثل .
فإن خالف العامل صار غاصباً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لَكَ ، أَوْ لِي : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

يعنى إذا قال إحداهما ، مع قوله « مضاربة » لم يصح . وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

قال القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وغيرهم : هى مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل .

وكذا قال فى المغنى ، لكنه قال : لا يستحق شيئاً فى الصورة الثانية ، لأنه دخل على أن لا شىء له ورضى به .

وقاله ابن عقيل فى موضع آخر من المساقاة .

وقال فى المغنى ، فى موضع آخر : إنه إبضاع صحيح .

فراعى الحكم دون اللفظ .

وعلى هذا : يكون فى الصورة الأولى قرضاً . ذكره فى القاعدة الثامنة والثلاثين .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : وَلِي ثُلُثُ الرِّبْحِ ﴾

يعنى : ولم يذكر نصيب العامل .

﴿ فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يصح . والباقى بعد الثلث للعامل . وهو الصحيح من المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، وابن الجوزى فى المذهب ، والناظم ، وصاحب الفروع ، والفائق ، والتصحيح ، وغيرهم . وجزم به فى المحرر ، والوجيز . واختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وقالا : اختاره ابن حامد . ذكره فى التصحيح الكبير .

والثانى : لا يصح . فتكون المضاربة فاسدة .

فعلى المذهب : لو أتى معه بربع عشر الباقى ونحوه : صح . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : فى الأصح .

وقيل : لا يصح . ويكون الربح لرب المال . وللعامل أجرة مثله . نص عليه .

فائدتان

إحداهما : لو قال « لك الثلث ولى النصف » صح . وكان السدس الباقى لرب المال . قاله فى الرعاية الكبرى ، وغيرها .

الثانية : حكم المساقاة والمزارعة : حكم المضاربة فيما تقدم .

قوله ﴿ وَحُكْمُ المضَارَبةِ : حُكْمُ الشَرِكَةِ فِيمَا لِلْعَامِلِ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْ لاَ يَفْعَلَهُ ، وَمَا يَلْزَمُهُ فِعْلُهُ ﴾ .

وفيما تصح به الشركة من العروض والمغشوش والفلوس والنقرة خلافا ومذهبا وهكذا قال جماعة .

أعنى : أنهم جعلوا شركة العنان أصلا ، وألحقوا بها المضاربة .

وأكثر الأصحاب قالوا : حكم شركة العنان حكم المضاربة فيما له وعليه ، وما يمنع منه . فجعلوا المضاربة أصلا .

واعلم أنه لا خلاف فى أن حكمهما واحد فيما ذكروا .

قوله ﴿ وَفِى الشُّرُوطِ : وَإِنْ فَسَدَتْ فَالرِّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلِلعَامِلِ الأُجْرَةُ ﴾ خسر أو كسب .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه . وجزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والخلاصة .

وقال : وعنه يتصدقان بالربح . انتهى .

وعنه : له الأقل من أجرة المثل ، أو ما شرطه له من الربح .

واختار الشريف أبو جعفر : أن الربح بينهما على ما شرطاه . كما قال فى شركة العنان ، على ما تقدم .

فائدة : لو لم يعمل المضارب شيئاً ، إلا أنه صرف الذهب بالورِق ، فارتفع الصرف : استحق لمَّا صرفها . نقله حنبل . وجزم به فى الفروع .

قلت : وهو ظاهر كلام الأصحاب .

قوله ﴿وَإِنْ شَرَطَا تَأْقِيتَ المضَارَبَةِ . فَهَلْ تَفْسُدُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والتلخيص والمحرر .

إحداهما : لا تفسد . وهو الصحيح من المذهب . نصره المصنف ، والشارح وصححه فى الفروع ، والنظم ، والفائق ، والتصحيح ، وتصحيح المحرر ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الكافى . وقال : نص عليه .

والرواية الثانية : تفسد . جزم به فى الوجيز ، والمنور . واختاره أبو حفص العكبرى ، والقاضى فى التعليق الكبير . قاله فى التلخيص . وقدمه فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال فى الرعاية الكبرى ، وإن قال : ضارِب بتلك سنة ، أو شهراً : بطل الشرط . وعنه : والعقد .

قلت : وإن قال : لاتبع بعد سنة بطل العقد . وإن قال : لا تبتع بعدها : صح . كما لو قال : لا تتصرف بعدها . ويحتمل بطلانه .

فعلى المذهب ، لو قال : متى مضى الأجل فهو قرض . فمضى وهو متاع . فلا بأس إذا باعه أن يكون قرضاً . نقله مهنا . وقاله أبو بكر ، ومن بعده .

ويصح قوله : إذا انقضى الأجل فلا تشتر ، على الصحيح من المذهب .

وفيه احتمال لايصح . قاله فى الفروع وغيره .

وتقدم كلامه فى الرعاية .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : بِعْ هَذَا العَرَضَ وَضَارِبْ بِثَمَنِهِ صح ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : ويصح فى المنصوص . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : لايصح ، وهو تخريج .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : ضَارِبْ بِالدَّيْنِ الَّذِى عَلَيْكَ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر . ذكره فى باب التصرف فى الدين بالحوالة وغيرها . وقدمه فى الفروع . ذكره فى آخر باب السلم .

وعنه : يصح . وهو تخريج فى المحرر ، واحتمال لبعض الأصحاب .

وبناه القاضى على شرائه من نفسه . وبناه فى النهاية على قبضه من نفسه لموكله . وفيهما روايتان .

فوائد

منها : لو قال : إذا قبضت الدين الذى على زيد ، فقد ضار بتك به : لم يصح وله أجرة تصرفه .

قال فى الرعاية ، قلت : يحتمل صحة المضاربة . إذ يصح عندنا تعليقها على شرط

ومنها : لو كان فى يده عين مغصوبة ، فقال المالك : ضارب بها : صح . ويزول ضمان الغصب . جزم به فى التلخيص ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضي : لايزول ضمان الغصب بعقد المضاربة .

ومنها : لو قال : هو قرض عليك شهراً ، ثم هو مضاربة : لم يصح . جزم به الفائق . وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : يصح .

قوله ﴿وَإِنْ أَخرَجَ مَالاً لِيَعْمَلَ فِيهِ هُوَ وآخَرُ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا : صَحَّ ذَكَرَهُ الخِرقِي . ويكون مُضَارَبة﴾

وهذا المذهب . نص عليه .

قال في المغني ، والكافي ، والشرح : هذا أظهر . وجزم به في الوجيز .

وقدمه الزركشي . وقال : هو منصوص الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي الحارث . وقدمه في المغني ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والمستوعب . وصححه الناظم .

وقال القاضي : إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال : لم يصح . واختاره ابن حامد . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير . وأطلقهما في الرعاية الكبرى ، والهادي .

وحمل القاضي كلام الإمام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير شرط . ورده المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قوله ﴿وَإِنْ شَرَطَ عَمَلَ غُلامِهِ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والهادي ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يصح ، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يحمل عليها . وهو المذهب .

قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : يصح في أصح الوجهين . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وصححه في التصحيح ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والكافي . وقال : هو أولى بالجواز .

والوجه الثاني : لا يصح . اختاره القاضي .

قال في التلخيص : الأظهر المنع .

وظاهر كلام الزركشي : أن الخلاف في الغلام على القول بعدم الصحة من رب المال .

فعلى المذهب ـ في المسألتين ـ قال المصنف : يشترط علم عمله ، وأن يكون دون النصف . والمذهب لا .

فائدة : وكذا حكم المساقاة والمزارعة في المسألتين .

فوائد

منها : لا يضر عمل المالك بلا شرط . نص عليه .

ومنها : لو قال رب المال : اعمل في المال ، فما كان من ربح فبيننا : صح . نقله أبو داود رحمه الله .

ومنها : ما نقل أبو طالب ـ فيمن أعطى رجلا مضاربة على أن يخرج إلى الموصل فيوجه إليه بطعام فيبيعه ، ثم يشتري به ، ويوجه إليه إلى الموصل ـ ؟ قال : لا بأس ، إذا كانوا تراضوا على الربح .

وتقدم في أول الباب . في شركة العنان ، عند قوله « ليعملا فيه لو اشتركا في مالين و بدن أحدهما » .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ شِرَاءُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ . فَإِنْ فَعَلَ : صَحَّ وَعَتَقَ وَضَمِنَ ثَمَنَهُ ﴾

لا يجوز للعامل أن يشتري من يعتق على رب المال . فإن فعل فقدم المصنف هنا صحة الشراء . وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضي ، وغيرهما . وجزم به في الهداية ، والمذهب . ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ،

والهادى ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الـكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .
وصححه الناظم وغيره .

قال القاضى : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : صحة الشراء .

و يحتمل أن لايصح الشراء . وهو تخريج فى الـكافى . ووجه فى الفروع وغيره . وأطلقهما فى الفروع ، وقال : والأشهر أنه كمن نذر عتقه وشراءه من حلف لايملـكه .

يعنى كما لو اشترى المضارب من نذر رب المال عتقه ، أو حلف لايملـكه .
ذكره فى أواخر الحجر فى أحكام العبد . وقاله فى التلخيص ، وغيره هنا .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح : يحتمل أن لايصح البيع إذا كان الثمن عينا . و إن كان اشتراه فى الذمة وقع الشراء للعاقد .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : صحة لشراء . قاله القاضى انتهيا .

وقال فى الفائق : ولو اشترى فى الذمة فللعاقد . و إن كان بالعين ، فباطل فى أحد الوجهين .

فعلى المذهب : يضمنه العامل مطلقاً .

أعنى سواء علم أو لم يعلم . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : و يضمن فى الأصح .

قال القاضى وغيره : وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى ــ رواية ابن منصور ــ أنه يضمن ، سواء علم أو لم يعلم . وقدمه المصنف هنـا ، وفى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والـكافى ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، واختاره القاضى فى المجرد . قاله فى التلخيص .

وقال أبو بكر فى التنبيه : إن لم يعلم لم يضمن . وجزم به فى عيون المسائل .

وقال : لأن الأصول قد فرقت بين العلم وعدمه فى باب الضمان كالمعذور ، وكمن رمى إلى صف المشركين . انتهى .

واختاره القاضى فى التعليق الكبير . قاله فى التلخيص . وقال : هذا الصحيح عندى . انتهى .

وقيل : لايضمن . ولو كان عالماً أيضاً . وهو توجيه لأبى بكر فى التنبيه . وأطلقهن فى القواعد .

فعلى القول بأنه يضمن : فالصحيح من المذهب والروايتين : أنه يضمن الثمن ، كما قدمه المصنف هنا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع . ذكره فى الحجر . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه يضمن قيمته . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح . وهما وجهان مطلقان فى القواعد .

فعلى الرواية الثانية : يسقط عن العامل قسطه منها ، على الصحيح .

قال فى التلخيص : هذا أصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وفيه وجه آخر : لايسقط . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية ، والوجهان ذكرهما أبو بكر .

وتقدم نظير ذلك فيما إذا اشترى عبده المأذون له من يعتق على سيده فى أحكام العبد فى أواخر باب الحجر .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ ﴾ يعنى امرأة رب المال ﴿ صَحَّ وَانْفَسَخَ نِكَاحُهُ ﴾ .

وكذا لو كان رب المال امرأة واشترى العامل زوجها . وهذا المذهب . سواء كان الشراء فى الذمة ، أو بالعين . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وذكر فى الوسيلة : أن الخلاف المتقدم فيه أيضاً .

قلت : وماهو ببعيد .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ : لَمْ يَعْتِقْ ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم
وقيل : يعتق .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ رِبْحٌ ، فَهَلْ يَعْتِقُ ؟ على وجهين ﴾ .

وهما مبنيان على ملك المضارب للربح بعد الظهور وعدمه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم ، القاضي فى خلافه وابنه أبو الحسين ، وأبو الفتح الحلوانى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، وصاحب المستوعب ، والمذهب ، والتلخيص ، والشارح وغيرهم . وقدمها كثير من الأصحاب .

فإن قلنا : يملك بالظهور : عتق عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، وغيرها . واختاره القاضي ، وغيره . وقدمه فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، وغيرهم .

قال ابن رجب : وهو أصح .

و إن قلنا : لا يملك ، لم يعتق عليه .

قال فى الكافى : إن قلنا لا يملك إلا بالقسمة : لم يعتق ، و إن قلنا يملكه بالظهور : عتق عليه قدر حصته ، وسرى إلى باقيه إن كان موسراً . وغرم قيمته ، و إن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك انتهى .

وقال أبو بكر فى التنبيه : لا يعتق عليه ، و إن قلنا : يملك . لعدم استقراره . وصححه ابن رزين فى نهايته .

وأطلق العتق وعدمه ، إذا قلنا : يملك بالظهور فى المغنى ، والشرح والتلخيص ، والخلاصة ، والفروع ، وغيرهم .

وقال فى التلخيص : ولو ظهر ربح بعد الشراء بارتفاع الأسواق ــ وقلنا : يملك بالظهور ــ عتق نصيبه ، ولم يسر . إذ لا اختيار له فى ارتفاع الأسواق .

فائدة : ليس للمضارب أن يشترى بأكثر من رأس المال .

فلو كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ، ثم اشترى عبداً آخر بعين

الألف . فالشراء فاسد . نص عليه . وتقدم نظيره فى شركة العنان فى كلام المصنف حيث قال « وليس له أن يستدين » .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يُضَارِبَ لآخر ، إذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الأول ﴾ .

أنه إذا لم يكن فيه ضرر على الأول يجوز أن يضارب لآخر . وهو صحيح . وهو المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المستوعب . والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والزركشى . وهو ظاهر كلام جماهير الأصحاب لتقييدهم المنع بالضرر . وقدمه فى الفروع . وقاله القاضى فى المجرد وغيره .

ونقل الأثرم : متى اشترط النفقة على رب المـال ، فقد صار أجيراً له . فلا يضارب لغيره . قيل : فإن كانت لا تشغله ؟ قال : لايعجبنى . لابد من شغل .

قال فى الفائق : ولو شرط النفقة لم يأخذ لغيره مضاربة ، وإن لم يتضرر . نص عليه . وقدمه فى الشرح . وحمله المصنف على الاستحباب .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ رَدَّ نَصِيبَهُ مِنَ الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الأَوَّل ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به أكثرهم . منهم الخرقى ، وصاحب الهداية ، والمذهب . والمستوعب ، والخلاصة ، والـكافى ، وتذكرة ابن عبدوس ، والتلخيص ، والبلغة ، والوجيز ، والزركشى ، وناظم المفردات ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم وهو من مفردات المذهب .

وقال المصنف : النظر يقتضى أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح المضاربة الثانية شيئاً .

قال ابن رزين فى شرحه : والقياس أن رب الأولى ليس له شىء من ربح الثانية : لأنه لا عمل له فيها ولا مال . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفائق : وهو المختار . واختاره فى الحاوى الصغير .

فائدتان

إحداهما : ليس للمضارب دفع مال المضاربة لآخر مضاربة من غير إذن رب المال ، على الصحيح من المذهب . نقله الجماعة . وعليه أكثر الأصحاب .

وخرج القاضى وجها بجوازه . بناء على توكيل الوكيل .

قال فى القواعد : وحكى رواية بالجواز .

قال المصنف والشارح وغيرهما : ولا يصح هذا التخريج . انتهى .

ولا أجرة للثانى على ربه . على الصحيح من المذهب .

وعنه بلى .

وقيل على الأول : مع جهله كدفع الغاصب مال الغصب مضاربة ، وأن مع العلم لا شىء له . وربحه لربه .

وذكر جماعة : إن تعذر رده إن كان شراءه بعين المال :

وذكروا وجها : وإن كان فى ذمته : كان الربح للمضارب . وهو احتمال فى الكافى .

وقال فى التلخيص : إن اشترى فى ذمته ، فعندى : أن نصف الربح لرب المال ، والنصف الآخر بين العاملين نصفين .

الثانية : ليس له أن يخلط مال المضاربة بغيره مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وعنه : يجوز بمال نفسه . نقله ابن منصور ومهنا . لأنه مأمور . فيدخل فيما أذن فيه . ذكره القاضى .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِرَبِّ الْمالِ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ شَيْئاً لِنَفْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : ولا يشترى المالك من مال المضاربة شيئاً على الأصح .

قال فى الفائق : ليس له ذلك ، على أصح الروايتين وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع .

وعنه : يجوز . صححها الأزجى .

فعليهـا : يأخذ بشفعة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمغنى ، والشرح ، والـكافى .

وقال فى الرعاية الـكبرى . قلت : ن ظهر فيه ربح صح . وإلا فلا .

قوله ﴿ وَكَـذَلِكَ شِرَاءُ السَّيِّدِ مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : يصح . صححها الأزجى ، كـكاتبه .

فعليها : يأخذ بشفعة أيضاً . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى والحاويين ، وغيرهم .

وقال المصنف ، والشـارح : ويحتمل أن يصح الشراء من عبده المأذون إذا استغرقته الديون .

وأما شراء العبد من سيده : فتقدم فى آخر الحجر . فى أحكام العبد .

فائدة : ليس للمضارب أن يشترى من مال المضاربة إذا ظهر ربح . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح . وهو ظاهر ماجزم به فى الـكافى ، والشرح ، والتلخيص . ونقله عن القاضى .

وإن لم يظهر ربح صح الشراء . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يصح .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَ شَرِيكِهِ : صَحَّ .
وَإِنِ اشْتَرَى الْجَمِيعَ بَطَلَ : فِي نَصِيبِهِ . وَفِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَجْهَانِ ﴾

قال الأصحاب : منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص . والشرح ، والقواعد ، وغيرهم ــ بناء على تفريق الصفقة . وقد علمت أن الصحيح من المذهب : الصحة هناك . فكذا هنا . وصححه فى التصحيح .

﴿وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ فِي الْجَمِيعِ﴾ .

بناء على شراء رب المال من مال المضاربة . وهذا التخريج لأبى الخطاب .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ نَفَقَةٌ إِلاَّ بِشَرْطٍ ﴾ .

هذا المذهب نص عليه . وعليه الأصحاب .

إلا أن الشيخ تقى الدين ــ رحمه الله قال : ليس له نفقة . إلا بشرط أو إعادة فيعمل بها .

وكأنه أقام العادة مقام الشرط . وهو قوى فى النظر .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَهَا لَهُ وَأَطْلَقَ : فَلَهُ جَمِيعُ نَفَقَتِهِ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَلْبُوسِ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ــ منهم القاضى ــ وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه ليس له نفقة إلا من المأكول خاصة . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

وقال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع وغيرهم : ظاهر كلام الإمام أحمد

رحمه الله إذا كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد : كسوة جوازها . وجزم به فى الـكافى .

ونقل حنبل : ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه ، غير متعد ولا مضر بالمـال .

وقال فى الرعاية الـكبرى : وقيل : كطعام الـكفارة . وأقل ملبوس مثله .

وقيل : هذا التقدير مع التنازع .

فائدة : لو لقيه ببلد أذن فى سفره إليه . وقد نضَّ المـال . فأخذه ربه : فللعامل نفقة رجوعه فى وجه .

وفى وجه آخر : لا نفقة له . قدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الرعاية . وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع . فإنه قال : فله نفقة رجوعه فى وجه ، واقتصر عليه .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَلَفَا رَجَعَ فِي الْقُوتِ : إِلَى الإِطْعَامِ فِى الْـكَفَّارَةِ وَفِى الْمَلْبُوسِ : إِلَى أَقَلِّ مَلْبُوسٍ مِثْلِهُ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمغنى . واقتصر عليه فى الشرح . وقدمه فى النظم .

قال ابن منجا فى شرحه : وفيه نظر .

قال الزركشى : هذا تحـكم .

وقيل : له نفقه مثله عرفاً من الطعام والـكسوة . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير وغيرهم .

فائدة : لو كان معه مال لنفسه يبيع فيه ويشترى . أو مضاربة أخرى ، أو بضاعة لآخر : فالنفقة على قدر المـالين . إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله . مع علمه بذلك .

قوله ﴿ وَإنْ أَذنَ لَهُ فِى التَّسَرِّى فَاشْتَرى : جَارِيَةً مَلَكَهَا وَصَارَ ثَمَنُهَا قَرْضًا . نصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

فى رواية يعقوب بن بختان . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال فى الفصول : فإن شرط المضارب أن يتسرى من مال المضاربة . فقال فى رواية الأثرم ، وإبراهيم بن الحارث : يجوز أن يشترى المضارب جارية من المال إذا أذن له .

وقال فى رواية يعقوب بن بختان : يجوز ذلك . ويكون دينا عليه .

فأجاز له ذلك . بشرط أن يكون المال فى ذمته .

قال أبو بكر : اختيارى : مانقله يعقوب .

فكأنه جعل المسألة على روايتين ، واختار هذه .

قال شيخنا : وعندى أن المسألة رواية واحدة ، وأنه لا يجوز التسرى من مال المضاربة ، إلا أن يجعل المال فى ذمته . وعلى هذا يحمل قوله فى رواية الأثرم . لأنه لو كان له ذلك لاستباح البضع بغير ملك يمين ولا عقد نكاح . انتهى كلامه فى الفصول .

قال فى الفروع : وله التسرى بإذنه ، فى رواية فى الفصول . والمذهب : أنه يملكها ويصير ثمنها قرضا . ونقل يعقوب : اعتبار تسمية ثمنها .

قال فى القاعدة الثانية والسبعين ، قال الأصحاب : إذا اشترط المضارب التسرى من مال المضاربة ، فاشترى أمة منه ملكها ، ويكون ثمنها قرضاً عليه . لأن الوطء لا يباح بدون الملك .

وأشار أبو بكر إلى رواية أخرى : يملك المضارب الأمة بغير عوض انتهى .

فائدتان

إحداهما : ليس له أن يتسرى بغير إذن رب المال . فلو خالف ووطىء عزر ،

على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية منصور : وقدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : يحد إن كان قبل ظهور ربح . ذكره ابن رزين . واختاره القاضى .

قلت : وهو الصواب بشرطه . وأطلقهما فى القواعد .

وذكر غير ابن رزين : إن ظهر ربح عزر . ويلزمه المهر وقيمتها إن أولدها ، وإلا حُدَّ عالم . ونصه : يعزر . كما تقدم وقال فى الرعاية ـ بعد أن قدم الأول ـ وقيل : إن لم يظهر ربح حُدَّ ، وملك رب المال ولده . ولم تصر أم ولد له ، وإن ظهر ربح : فولده حر ، وهى أم ولده ، وعليه قيمتها ، وسقط من المهر والقيمة قدر حق العامل ولم يحد . نص عليه .

الثانية : لا يطأ رب المال ، ولو عدم الربح رأساً . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . ولو فعل فلا حد عليه ، لكن إن كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ رِبْحٌ حَتَّى يَسْتَوْفِىَ رَأْسَ الْمَالِ ﴾ .

بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ ، فَرَبِحَ فِى إِحْدَاهُمَا ، وَخَسِرَ فِى الْأُخْرَىَ ـ بسبب مرض ، أو عيب حَدَثَ أو نزول سعر ، أو فقد صفة ونحوه ، أَوْ تَلِفَتْ ، أو بعضها ـ جُبِرَتْ الوَضِيعَةُ مِنَ الرِّبْحِ ﴾ .

وكذا قال كثير من الأصحاب .

قال فى الفروع : إذا حصل ذلك بعد التصرف . ونقل حنبل وقبله : جبرت الوضيعة من ربح باقيه . قبل قسمتها ناضا ، أو تنضيضه مع محاسبته . نص عليهما .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : جبر من الربح قبل قسمته .

وقيل : وبعدها ، مع بقاء عقد المضاربة .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ رَأْسِ المَالِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ : انْفَسَخَتْ فِيهِ المضَارَبَةُ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه ، وكان رأس المال الباقى خاصة .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ المَالُ ، ثُمَّ اشْتَرَى سِلْعَةً لِلْمُضَارَبَةِ : فَهِيَ لَهُ . وَثَمَنُهَا عَلَيْهِ ، إلاَّ أَنْ يَجْبُرُهُ رَبُّ المَالِ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . والصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا وغيرهم : هو كفضولى .

وتقدم « أن الصحيح من المذهب ـ فيما إذا اشترى فى ذمته لآخر ـ صحة العقد ، وأنه إن أجازه ملكه » فى كتاب البيع فكذا هنا .

وعنه : يكون للعامل لزوماً . صححه فى النظم .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أظهر . وقدمه فى المذهب ، والخلاصة . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والشرح .

فعلى الأول : يكون ذلك مضاربة ، على الصحيح . صححه الناظم . وقال : وعنه : أن يجيزه مالك صار ملكه مضاربة لا غيرها فى المجرد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْدَ الشِّرَاءِ : فَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ، وَالثَّمَنُ عَلَى رَبِّ المَالِ ﴾ .

إذا تلفت بعد التصرف ، ويصير رأس المال الثمن دون التالف . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وقدم فى الرعاية الكبرى : أن رأس المال هذا الثمن والتالف أيضاً . وكذا إن كان التالف فى هذه المسألة قبل التصرف .

قاله فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وحكاه فى الكبرى قولا .

فعليه تبقى المضاربة فى قدر الثمن بلا نزاع .

وقال فى الفروع : ولو اشترى سلعة فى الذمة ، ثم تلف المال قبل نقد ثمنها ، أو تلف هو والسلعة : فالثمن على رب المال ، ولرب السلعة : مطالبة كل منهما بالثمن . ويرجع به على العامل .

وإن أتلفه : ثم نقد الثمن من مال نفسه بلا إذن لم يرجع رب المال عليه بشىء . وهو على المضاربة . لأنه لم يتعد فيه . ذكره الأزجى واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وإِذَا ظَهَرَ رِبْحٌ لَمْ يَكُنْ له أَخْذ شَىْءٍ مِنْهُ إلاَّ بِإِذْنِ ربِّ المَالِ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ وَهَلْ يَمْلِكُ العَامِلُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ قبل القسمة ؟ على روايتين ﴾ .

وفى بعض النسخ مكان « قبل القسمة » : بالظهور .

إحداهما : يملكه بالظهور ، وهو المذهب .

قال أبو الخطاب : يملكه بالظهور رواية واحدة .

قال فى الفروع ، والمذهب : يملك حصته منه بظهوره . كالمالك وكمساقاة فى الأصح .

قال فى القواعد الفقهية : وهذا المذهب المشهور .

قال فى المغنى : هذا ظاهر المذهب .

قال فى الكافى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، وغيره .

والرواية الثانية : لا يملكه إلا بالقسمة . اختاره القاضى فى خلافه ، وغيره . لأنه لو اشترى بالمال عبدين كل واحد يساويه ، فأعتقهما رب المال : عتقا ، ولم يضمن للعامل شيئاً . ذكره الأزجى .

وعنه رواية ثالثة : يملكها بالمحاسبة والتنضيض والفسخ قبل القسمة ، والقبض . ونص عليها . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

فائدتان

إحداهما : يستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضى وأصحابه . ولا يستقر بدونها

ومن الأصحاب من قال : يستقر بالمحاسبة التامة ، كابن أبى موسى وغيره . وبذلك جزم أبو بكر .

قال فى القواعد : وهو المنصوص صريحاً عن الإمام أحمد رحمه الله .

الثانية : إتلاف المالك كالقسمة . فيغرم نصيبه . وكذلك الأجنبى .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة . ذكرها الشيخ زين الدين رحمه الله [1] فى فوائد قواعده ، وغيرها . نذكرها هنا ملخصة .

منها : انعقاد الحول على حصة المضارب بالظهور قبل القسمة . وتقدم ذلك فى كلام المصنف فى أول كتاب الزكاة .

ومنها : لو اشترى المضارب من يعتق عليه بالملك بعد ظهور الربح . وتقدم ذلك قريباً .

ومنها : لو وطىء المضارب أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح . وتقدم ذلك قريباً .

ومنها : لو اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة . وتقدم كل ذلك فى هذا الباب .

ومنها : لو اشترى المضارب شقصاً للمضاربة وله فيه شركة . فهل له الأخذ بالشفعة ؟ فيه طريقان .

أحدهما : ما قاله المصنف فى المغنى ، والشارح : إن لم يكن فى المال ربح ،

---

(١) هو الشيخ زين الدين بن رجب .

أو كان ـ وقلنا : لا يملكه بالظهور ـ فله الأخذ . لأن الملك لغيره . فكذا الأخذ منه ، وإن كان فيه ربح ـ وقلنا : يملكه بالظهور ـ ففيه وجهان ، بناء على شراء المضارب من مال المضاربة بعد ملكه من الربح .

والطريق الثاني : ما قاله أبو الخطاب ، ومن تابعه . وفيه وجهان .

أحدهما : لا يملك الأخذ . واختاره فى رءوس المسائل .

والثانى : له الأخذ . وخرجه من وجوب الزكاة عليه فى حصته . فإنه يصير حينئذ شريكا يتصرف لنفسه وشريكه . ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ، وعلى هذا : فالمسألة مقيدة بحالة ظهور الربح ، ولا بد .

ومنها : لوأسقط المضارب حقه من الربح بعد ظهوره . فإن قلنا : يملكه بالظهور : لم يسقط . وإن قلنا : لايملكه بدون القسمة ، فوجهان .

ومنها : لو قارض المريض ، وسمى للعامل فوق تسمية المثل .

فقال القاضى والأصحاب : يجوز . ولا يعتبر من الثلث . لأن ذلك لايؤخذ من ماله ، وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث . ويحدث على ملك المضارب ، دون المالك .

قال فى القواعد : وهذا إنما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور . وإن قلنا : لايملكه بدون القسمة : احتمل أن يحتسب من الثلث . لأنه خارج حينئذ عن ملكه . واحتمل أن لايحتسب منه . وهو ظاهر كلامهم . ويأتى هذا فى كلام المصنف قريباً .

فائدة : من جملة الربح : المهر والثمرة والأجرة ، والأرش . وكذا النتاج ، على الصحيح . وقال فى الفروع : ويتوجه فيه وجه .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَبَ العَامِلُ البَيْعَ ، فَأَبَى رَبُّ المَالِ : أُجْبِرَ إِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ ، بِلَا خِلَافٍ أعلمه . وَإِلَّا فَلَا ﴾

يعنى : و إن لم يكن فيه ربح لم يجبر . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وقيل : يجبر .

قال فى الفروع : فعلى تقدير الخسارة يتجه منعه من ذلك . ذكره الأزجى .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإذَا انْفَسَخَ القِرَاضُ وَالمَالُ عَرَضٌ فَرَضِىَ رَبُّ المَالِ أَنْ يَأْخُذَ بِمَالِهِ عَرَضًا ، أَوْ طَلَبَ البَيْعَ فَلَهُ ذَلِكَ ﴾

إذا انفسخ القراض مطلقاً ، والمال عرض ، فللمالك أن يأخذ بماله عرضاً . بأن يقوم عليه . نص عليه . و إذا ارتفع السعر بعد ذلك لم يكن للمضارب أن يطالب بقسطه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : له ذلك .

قال ابن عقيل : و إن قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح ، بأن كان العامل اشترى خزاً فى الصيف ليربح فى الشتاء ، أو يرجو دخول موسم أو قفل : فإن حقه يبقى من الربح .

قلت : هذا هو الصواب ، ولا أظن أن الأصحاب يخالفون ذلك .

قال الأزجى : أصل المذهب : أن الحيل لا أثر لها . انتهى .

و إذا لم يرض رب المال أن يأخذ عرضا ، وطلب البيع ، أو طلبه ابتداء : فله ذلك . ويلزم المضارب بيعه مطلقاً ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، وغيره . وصححه فى التلخيص . وجزم به فى النظم ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب . والخلاصة .

وقيل : لا يجبر إذا لم يكن فى المال ربح ، أو كان فيه ربح وأسقط العامل حقه منه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فعلى المذهب . قال المصنف ، والشارح : إنما يلزمه البيع فى مقدار رأس المال . وجزم به فى الوجيز . والصحيح من المذهب : يلزمه فى الجميع .

قلت : وهو الصواب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وأ كثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع كما تقدم .

وعلى الوجه الثانى : فى استقراره بالفسخ وجهان . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قلت : الأولى الاستقرار .

فائدتان

إحداهما : لو فسخ المالك المضاربة ، والمال عرض : انفسخت . وللمضارب بيعه بعد الفسخ ، على الصحيح من المذهب . لتعلق حقه بربحه . ذكره القاضى فى خلافه . وهو ظاهر كلام الإمام فى رواية ابن منصور . وقدمه فى القاعدة الستين .

وذكر القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، فى باب الشركة : أن المضارب لاينعزل مادام عرضاً . بل يملك التصرف حتى ينِضَّ رأس المال[1] . وليس للمالك عزله ، وأن هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حنبل .

وذكر فى المضاربة : أن المضارب ينعزل بالنسبة إلى الشراء ، دون البيع .

وحمل صاحب المغنى مطلق كلامهما فى الشركة على هذا التقييد .

ولكن صرح ابن عقيل ، فى موضع آخر : أن العامل لايملك الفسخ حتى ينض رأس المال ، مراعاة لحق مالكه .

وقال فى باب الجعالة : المضاربة كالجعالة . لايملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل . وأطلق ذلك .

وقال فى مفرداته : إنما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ، ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ .

قال : وهو الأليق بمذهبنا . وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين فى الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه .

(١) أى صار حينا ونقداً بعد ان كان عروض تجارة .

قال فى القواعد : وهو حسن ، جار على قواعد المذهب فى اعتبار المقاصد وسد الذرائع .

الثانية : لو كان رأس المال دراهم ، فصار دنانير : أو عكسه : فهو كالعرض . قاله الأصحاب .

وقال الأزجى : إن قلنا هما شيء واحد ـ وهو قيمة الأشيـاء ـ لم يلزم ، ولا فرق . لقيام كل واحد منهما مقام الآخر . قال : فعلى هذا يدور الكلام .

وقال أيضاً : ولو كان صحاحاً فنَضَ قُراضةً ، أو مكسرة : لزم العامل رده إلى الصحاح . فليبعها بصحاح ، أو بعرض ثم يشترى بها .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ دَيْناً لَزِمَ العَامِلَ تقَاضِيهِ ﴾ يعنى كله

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به المصنف ، والشارح ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يلزمه تقاضيه فى قدر رأس المال لاغير .

فائدة : لايلزم الوكيل تقاضى الدين ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وذكر أبو الفرج : يلزمه رده على حاله إن فسخ الوكالة بلا إذنه . وكذا حكم الشريك .

قوله ﴿ وَإِنْ قَارَضَ فِى المَرَضِ ، فَالرِّبْحُ مِنْ رَأْسِ المَالِ . وَإِنْ زادَ عَلَى أُجْرَةِ المِثْلِ ﴾

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم ذلك مستوفى فى الفوائد قريباً . فليعلود . و يقدم به على سائر الغرماء

فائدة : لو ساقى ، أو زارع فى مرض موته : يحتسب من الثلث على الصحيح

من المذهب . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والبلغة .

قال فى القواعد الفقهية : أشهر الوجهين : أن يعتبر من الثلث .

وقيل : هو كالمضاربة . جزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الْمُضَارِبُ ، وَلَمْ يُعْرَفْ مالُ الْمُضَارَبَةِ ﴾ يعنى لكونه لم يعينه المضارب ﴿ فَهُوَ دَيْنٌ فِى تَرِكَتِهِ ﴾ .

لصاحبها أسوة الغرماء . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وسواء مات فجأة أو لا . ونص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره ، عملاً بالأصل . ولأنه لما أخفاه ولم يعينه : فكأنه غاصب . فيتعلق بذمته .

وعنه : لا يكون ديناً فى تركته . إلا إذا مات غير فجأة .

وقيل : يكون كالوديعة ، على ما يأتى فى المسألة التى بعدها .

فائدتان

إحداهما : لو أراد رب المال تقرير وارث المضارب : جاز . ويكون مضاربة مبتدأة . يشترط لها ما يشترط للمضاربة .

الثانية : لو مات أحد المتقارضين ، أو جن ، أو وسوس ، أو حجر عليه لسفه : انفسخ القِراض . ويقوم وارث رب المال مقامه . فيقرر ماللمضارب . ويقدم على غريم . ولا يشترى من مال المضاربة . وهو فى بيع واقتضاء دين كفسخها والمالك حى . على ماتقدم .

قال فى التلخيص : إذا أراد الوارث تقريره ، فهى مضاربة مبتدأة . على الأصح . وقيل : هى استدامة . انتهى .

فإن كان المال عرضاً ، وأراد إتمامه : فهى مضاربة مبتدأة . على الصحيح . اختاره القاضى .

قال المصنف : وهذا الوجه أقيس . وقدمه فى الفروع .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله جوازه .

قال المصنف : كلام الإمام أحمد رحمه الله محمول على أنه يبيع و يشترى بإذن الورثة . كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض .

قوله ﴿ وَكَذَا الْوَدِيعَةُ ﴾ .

يعنى : أنها تكون ديناً فى تركته إذا مات ولم يعينها . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والمحرر ، وغيرهم ..

قال فى الفروع : هى فى تركته فى الأصح .

وقيل : لا تكون ديناً فى تركته ، ولا يلزمه شىء .

وقال فى الترغيب : هى فى تركته . إلا أن يموت فجأة .

زاد فى التلخيص : أو يوصى إلى عدل . و يذكر جنسها . كقوله « قميص » فلم يوجد .

فوائد

إحداها : لو مات وصى وجهل بقاء مال موليه .

قال فى الفروع : فيتوجه أنه كمال المضاربة والوديعة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هو فى تركته .

الثانية : لو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة ، أو ثوباً يخيطه ، أو غزلاً ينسجه بجزء من ربحه ، أو بجزء منه : جاز . نص عليه . وهو المذهب . جزم به ناظم المفردات . وهو منها .

وجزم به فى الأوليين فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال فى القاعدة العشرين : يجوز فيهما على الأصح . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفائق فيهما .

قال فى الفائق : خرج القاضى بطلانه .

وصحح الصحة فى تصحيح المحرر فيما أطلق الخلاف فيه . وقدمه فى الفروع فى الجميع ، والنظم .

وعنه لا يجوز . وهو قول فى الرعاية . اختاره ابن عقيل . فله أجرة مثله .

قال فى الفروع ، وغيره : ومثله حصاد زرعه ، وطحن قمحه ، ورضاع رقيقه .

قال فى الرعاية : صح فى الأصح . وصححه فى النظم فى الإجارة .

قال فى الصغرى : وفى استئجاره لنسج غزله ثوبا ، أو حصاد زرعه ، أو طحن قفيزه بالثلث ونحوه : روايتان .

وقال فى الحاوى الصغير : وإن استأجر من يجدُّ نخله ، أو يحصد زرعه بجزء مشاع منه : جاز . نص عليه فى رواية مهنا .

وعنه : لا يجوز . وللعامل أجرة مثله .

وأطلق فى نسج الغزل ، وطحن القفيز بالثلث ونحوه الروايتين .

وأطلق فى الفائق فى نسج الغزل ، وحصاد الزرع ، وإرضاع الرقيق بجزء : الروايتين .

وأطلق الروايتين فى غير الأوليين فى المحرر . ذكره فى الإجارة . وكذا غزوه بدابة بجزء من السهم ونحوه .

ونقل ابن هانىء ، وأبو داود : يجوز .

وحمله القاضى على مدة معلومة ، كأرض ببعض الخراج .

وهى مسألة قفيز الطحان . وبعضهم يذكرها فى الإجارة .

وقال فى الرعاية : وإن دفع إليه غزلا لينسجه ، أو خشباً لينجره : صح . إن صحت المضاربة بالعروض .

وفى عيون المسائل : مسألة الدابة ، وأنه يصح على رواية المضاربة بالعروض ، وأنه ليس شركة . نص عليه فى رواية ابن أبى حرب ، وأن مثله الفرس بجزء من الغنيمة .

ونقل مهنا فى الحصاد : هو أحب إلىّ من المقاطعة .

قال المصنف : وعلى قياس المذهب : دفع الشبكة للصياد .

قال فى الفائق : قلت : والنحل ، والدجاج ، والحمام ، ونحو ذلك .

وقيل : الكل للصياد . وعليه أجرة المثل للشبكة .

وعنه : وله معه جعل نقد معلوم كعامل .

وعنه : له دفع دابته أو نحله لمن يقوم به بجزء من نمائه . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

والمذهب : لا ، لحصول نمائه بغير عمله ، ويجوز بجزء منه مدة معلومة ، ونماؤه ملك لهما .

وقال فى الرعاية الكبرى ـ فى الإجارة ـ وفى الطحن بالنخالة ، وعمل السمسم شيرجاً بالكُسْب ، والسلخ بالجلد ، والحلج بالحب : وجهان .

وكذا قال فى الصغرى فى الطحن ، وعمل السمسم ، والحلج .

وحكى فى الطحن بالنخالة روايتين .

وكذا قال فى الحاوى الصغير . وصححه فى النظم فى الإجارة .

الثالثة : لو أخذ ماشية ليقوم عليها ـ برعى وعلف وسقى وحلب وغير ذلك ـ بجزء من دَرِّها ونسلها وصوفها : لم يصح . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى الفروع : هذا المذهب . وصححه فى تصحيح المحرر . وجزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وعيون المسائل ، وغيرهم . ذكروه فى باب الإجارة . وله أجرته .

وعنه : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى الفائق ، والرعاية الكبرى . وقال : نص عليه . ذكره فى آخر المضاربة .

وقال فى باب الإجارة : لايصح استئجار راعى غنم معلومة يرعاها بثلث دَرِّها ونسلها ، وصوفها ، وشعرها . نص عليه . وله أجرة مثله .

وقيل : فى صحة استئجار راعى الغنم ببعض نمائها روايتان . انتهى .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال الناظم :

والأوكد منع إعطاء ماشية لمن — يعود بثلث الدر والنسل أسند

وإن يرعها حولا كيلا بثلثها — له الثلث بالنامى يصح بأوطد

وكذا قال فى الفروع وغيره[1] .

قوله ﴿ وَالعَامِلُ أَمِينٌ . وَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ هَلَاكٍ ﴾

حكم العامل فى دعوى التلف : حكم الوكيل ، على ماتقدم فى باب الوكالة .

قوله ﴿ وَالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَالِ فِى رَدِّهِ إِلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور . وعليه أكثر الأصحاب . منهم ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

وقيل : القول قول العامل . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين : وجدت ذلك منصوصاً عن الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور أيضاً ـ فى رجل دفع إلى آخر مضاربة ، فجاء بألف . فقال : هذا ربح ، وقد دفعت إليك ألفاً رأس مالك ـ فقال : هو مصدق فيما قال .

قال : ووجدت فى مسائل أبى داود عن الإمام أحمد رحمه الله نحو هذا أيضاً .

---

(١) عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرعى الغنم لأهل مكة على قراريط مما يخرج منها » رواه أحمد والبخارى وابن ماجه .

وكذلك نقل عنه مهنا ــ فى مضارب دفع إلى رب المــال كل يوم شيئاً ، ثم قال : من رأس المال ــ إن القول قوله مع يمينه .

قوله ﴿ وَالْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ ﴾ .

يعنى : أن القول قول رب المال فيما شرط للعامل . وهو المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور ، وسندى . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص .

وعنه : القول قول العامل ، إذا ادعى أجرة المثل . و إن جاوز أجرة المثل : رجع إليها . نقلها حنبل .

وقال ابن عقيل : إلا فيما لايتغابن الناس بها عرفا . وجزم بهذه الزيادة فى الرواية فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والهــداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص . وأطلقهما فى الــكافى .

فائدة : لو أقام كل واحــد منهما بينة بما قاله : قدمت بينة العــامل . على الصحيح من المذهب . لأنه خارج . وقطع به كثير من الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

وقيل : تقدم بينة رب المال .

ونقل مهنا ــ فيمن قال : دفعته مضاربة . قال : بل قرضاً ، ولهما بينتان ــ قال : الربح بينهما نصفان ــ وهو معنى كلام الأزجى .

قال الأزجى : وعن الإمام أحمد رحمه الله فى مثل هــذا : فيمن ادعى مافى كيس ، وادعى آخر نصفه : روايتان .

إحداهما : أنه بينهما نصفان .

والثانية : لأحدهما ربعه ، وللآخر ثلاثة أرباعه .

قوله ﴿وَفِى الإِذْنِ فِى الْبَيْعِ نَسَاءً أَوِ الشِّرَاءِ بِكَذَا﴾ .

يعنى : أن القول قول المالك فى عدم الإذن فى البيع نساء ، أو الشراء بكذا وكون القول قول المالك فى الإذن فى البيع نساء . وهو وجه ذكره بعضهم .

قال ابن أبى موسى : يتوجه أن القول قول المالك . وحكاه فى الشرح ، وغيره قولا .

والصحيح من المذهب : أن القول قول العامل فى ذلك . نص عليه . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى .

قال ابن منجا فى شرحه : قاله الأصحاب . وصححه الناظم . وقدمه فى التلخيص، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق، والحاوى الصغير ، والمستوعب

قال ابن منجا فى شرحه : ولم أجد بما قاله المصنف هنا رواية ، ولا وجهاً عن أحد من المتقدمين ، غير أن صاحب المستوعب حكى بعد قوله « القَوْلُ قَوْلُ العَامِلِ » أن ابن أبى موسى قال : ويتوجه أن القول قول رب المال .

وربما حكى بعض المتأخرين فى ذلك وجهاً . وأظنه أخذه من كلام المصنف هنا . أو ظن قول ابن أبى موسى يقتضى ذلك .

وفى الجملة : لقول رب المـال وجه من الدليل لو وافق رواية أو وجهاً ، وذكره . انتهى .

قوله ﴿وَإِنْ قَالَ العَامِلُ : رَبِحْتُ أَلْفًا ، ثُمَّ خَسِرْتُهَا ، أَوْ هَلَكَتْ : قُبِلَ قَوْلُهُ﴾ بلا نزاع .

﴿وَإِنْ قَالَ غَلِطْتُ : لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ﴾ .

وكذا لو قال « نسيت » أو « كذبت » وهو المذهب . جزم به أكثر الأصحاب . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قال فى الرعايتين : لم يقبل على الأصح . وعنه : يقبل قوله .

نقل أبو داود ومهنا : إذا أقر بربح ، ثم قال « إنما كنت أعطيتك من رأس مالك » يصدق .

قال أبو بكر : وعليه العمل . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها . وخرج : يقبل قوله ببينة .

فائدة : يقبل قول العامل فى أنه ربح أم لا ؟ وكذا يقبل قوله فى قدر الربح على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونقله ابن منصور .

ونقل الحلوانى فيه روايات ـ كعوض كتابة ـ القبول ، وعدمه . والثالثة : يتحالفان .

وجزم أبو محمد الجوزى : يقبل قول رب المال .

قلت : وهو بعيد .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : شَرِكَةُ الوُجُوهِ ﴾ أى الشركة بالوجوه ﴿ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِجَاهِهِمَا دَيْنًا ﴾ .

أى شيئاً إلى أجل . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وسواء عَيَّنا جنس الذى يشترونه أو قدره أو وقته ، أو لا .

فلو قال كل واحد منهما للآخر : ما اشتريتَ من شىء فهو بيننا : صح .

وقال الخرقى : هى أن يشترك اثنان بمال غيرهما .

فقال القاضى : مراد الخرقى : أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة . فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمال غيرهم . لأنهما إذا أخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بمال غيرهما .

قال المصنف ، والشارح : وهذا محتمل .

وحمل غير القاضى كلام الخرقى على الأول . منهم المصنف ، والشارح . وقالا : واخترنا هذا التفسير : لأن كلام الخرقى بهذا التفسير يكون جامعاً

لأنواع الشركة الصحيحة . وعلى تفسير القاضي يكون مخلا بنوع منها . وهى شركة الوجوه .

قال الزركشي : والذى قاله القاضي هو ظاهر اللفظ . وهو كما قال .

وعلى هذا : يكون هذا نوع من أنواع المضاربة . ويكون قد ذكر للمضاربة ثلاث صور .

قوله ﴿ والمِلْكُ بَيْنَهُمَا عَلَى ماشَرَطَاهُ ﴾ .

فهما كشريكى العنان ، لـكن هل مايشتريه أحدهما يكون بينهما ، أو لا يكون بينهما إلا بالنية ؟ فيه وجهاً . وأطلقهما فى الفروع .

وقال : ويتوجه فى شركة عنان مثله . وجزم جماعة بالنية . انتهى .

وقال فى الرعاية الـكبرى : وهما فى كل التصرف ، ومالهما وما عليهما : كشريكى العنان .

وقال فى شريكى العنان : وكل واحد منهما أمين الآخر ووكيله .

وإن قال لما بيده : هذا لى ، أو لنا ، أو اشتريته منها لى ، أو لنا : صدق مع يمينه ، سواء ربح أو خسر . انتهى .

فدل كلامه على أنه لابد من النيه .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهما فى كل التصرف كشريكى عنان . وكذا قال المصنف هنا ، وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ وَالرِّبْحُ عَلَى مَاشَرَطَاهُ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى قدر مِلْـكَيْهِمَا ﴾

واختاره القاضي ، وابن عقيل . لئلا يأخذ ربح ما لم يضمن .

تنبيه : قوله ﴿ الرابع : شَرِكَةُ الأبْدَانِ . وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْتَسِبان بِأَبْدَانِهما ﴾ .

قال فى الفروع : وهى أن يشتركا فيما يتقبلان فى ذمتهما من عمل . وكذا قال فى المحرر وغيره .

قوله ﴿ وَمَا يَتَقَبَّلُهُ أَحُدُهمَا مِنَ العَمَلِ يَصِيرُ فى ضَمانِهِمَا . يُطَالَبَانِ بِهِ . وَيَلْزَمُهُمَا عَمَلُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وذكر المصنف وغيره عن القاضى احتمالا : لايلزم أحدهما ما يلزم صاحبه .

قوله ﴿ وَهَلْ يَصِحُّ مَعَ اخْتِلَافِ الصَّنَائِعِ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، والمذهب الأحمد .

أحدهما : يصح وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضى .

قال فى الفروع : و يصح مع اختلاف الصناعة ، فى الأصح .

قال الناظم : هذا أجود .

وصححه فى تصحيح المحرر . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، والنهاية ، والإيضاح . وقدمه فى الكافى . وهو ظاهر كلام الخرقى .

والوجه الثانى : لايصح . قال فى الهداية : وهو الأقوى عندى .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ فِى الاحْتِشَاشِ وَالاصْطِيَادِ، وَالتلصُّصِ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ وَسَائِرِ المبَاحَاتِ ﴾ .

وهذا المذهب . قال فى الفروع : و يصح فى تملك المباحات فى الأصح

كالاستئجار عليه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز .

وقيل : لا يصح .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿وَإِنْ مَرِضَ أَحَدُهُمَا فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا﴾ .

أنه لو ترك العمل لغير عذر لا يكون الكسب بينهما . وهو أحد الوجهين . وهو احتمال المصنف .

والوجه الثانى : يكون الكسب بينهما أيضاً . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، والأصح : ولو تركه بلا عذر : فالكسب بينهما . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفائق .

قوله ﴿وَإِن اشْتَرَكَا لِيَحْمِلاَ عَلَى دَابَّتَيْهِمَا وَالأُجْرَةُ بَيْنَهُمَا : صَحَّ . فَإِنْ تَقَبَّلاَ حَمْلَ شَيْءٍ ، فَحَمَلاَهُ عَلَيْهِما : صَحَّتِ الشَّرِكَةُ . وَالأُجْرَةُ عَلَى مَاشَرَطَاهُ﴾

على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم من الأصحاب .

وقيل : بل الأجرة بينهما نصفان ، كما لو أطلقا . ذكره فى الرعاية الكبرى .

فوائد

الأولى : تصح شركة الشهود . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله . واقتصر عليه فى الفروع .

قال الشيخ تقى الدين : وللشاهد أن يقيم مقامه ، إن كان على عمل فى الذمة . وإن كان الجعل على شهادته بعينه : ففيه وجهان .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : والأصح جوازه .

قال : وللحاكم إكراههم . لأن للحاكم نظراً فى العدالة وغيرها .

وقال أيضاً : إن اشتركوا على أن كل ماحَصَّله كل واحد منهم بينهم ، بحيث إذا كتب أحدهم ، وشهد : شاركه الآخر و إن لم يعمل . فهى شركة الأبدان . تجوز حيث تجوز الوكالة .

وأما حيث لا تجوز : ففيها وجهان . كشركة الدلالين .

الثانية : لا تصح شركة الدلالين . قاله فى الترغيب وغيره .

قال فى التلخيص : لا تصح شركة الدلالين فيما يحصل له . ذكره القاضى فى المجرد . واقتصر عليه . وقدمه فى الفروع ، والفائق والرعاية ، والحاوى الصغير . لأنه لا بد فيهـا من وكالة ، وهى على هذا الوجه لا تصح . كأجِّرْ دابتَك ، والأجرة بينهما . لأن الشركة الشرعية : لاتخرج عن الضمان والوكالة ، ولا وكالة هنا . فإنه لا يمكن توكيل أحدهما على بيع مال الغير . ولا ضمان . فإنه لادين يصير بذلك فى ذمة واحد منهما ، ولا تَقَبُّل عمل .

وقال فى الموجز : تصح .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وقد نص الإمام أحمد رحمه الله على جوازها . فقال فى رواية أبى داود ـ وقد سئل عن الرجل يأخذ الثوب ليبيعه ، فيدفعه إلى آخر ليبيعه و يناصفه ما يأخذ من الـكراء ؟ ـ قال : الـكراء للذى باعه ، إلا أن يكونا يشتركان فيما أصابا . انتهى .

وذكر المصنف : أن قياس المذهب جوازها .

وقال فى المحرر ، والنظم : يجوز إن قيل « للوكيل التوكيل » وهو معنى كلامه فى المجرد . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية الـكبرى ـ بعد أن حكى القول الثانى ـ قلت : هذا إذا أذن زيد لعمرو فى النداء على شىء ، أو وكله فى بيعه ، ولم يقل « لا يفعله إلا أنت » ففعله بكر بإذن عمرو . فإن صح : فالأجرة لهما على ماشرطاه . و إن لم تصح : فلبكر أجرة مثله على عمرو .

وإن اشتركا ابتداء فى النداء على شىء معين ، أو على مايأخذانه ، أو على مايأخذه أحدهما من متاع الناس ، أو فى بيعه : صح . والأجرة لهما على ماشرطاه . وإلا استويا فيها ، وبالجعل جعالة . انتهى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تسليم الأموال إليهم ، مع العلم بالشركة : إذن لهم .

قال : وإن باع كل واحد ما أخذ ، ولم يعط غيره ، واشتركا فى الكسب : جاز فى أظهر الوجهين كالمباح ، ولئلا تقع منازعة .

وقال الشيخ تقى الدين أيضا : نقلت من خط ابن الصيرفى ـ مما علقه على عمد الأدلة ـ قال : ذهب القاضى إلى أن شركة الدلالين لا تصح . لأنه توكيل فى مال الغير .

وقال الشريف أبو جعفر وابن عقيل : تصح الشركة ، على ماقاله فى منافع البهائم . انتهى .

وقال القاضى وأصحابه : إذا قال « أنا أتقبل العمل وتعمل أنت ، والأجرة بيننا » جاز ، جعلاً لضمان المتقبل كالمال .

الثالثة : لو اشترك ثلاثة ـ لواحد دابة ، ولآخر راوية . والثالث يعمل ـ صح فى قياس قول الإمام أحمد . فإنه نص فى الدابة ـ يدفعها إلى آخر يعمل عليها ـ على أن لهما الأجرة : على صحة ذلك . وهذا مثله .

فعلى هذا : يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه .

وكذا لو اشترك أربعة : لواحد دابة ، ولآخر رحا ، ولثالث دكان ، والرابع يعمل . وهذا الصحيح فيهما . اختاره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : العقد فاسد فى المسألتين .

قال المصنف : اختاره القاضى .

قال فى الفروع : وعند الأكثر فاسدتان . وجزم به فى التلخيص .

فعلى الثانى : للعامل الأجرة . وعليه لرفقته أجرة آلاتهم .

وقيل : إن قصد السَّقاء أخذَ الماء : فلهم . ذكره فى الفروع .

وقال فى الرعاية ، وقيل : الماء للعامل بغرفه له من موضع مباح للناس .

وقيل : الماء لهم على قدر أجرتهم .

وقيل : بل أثلاثاً . انتهى .

الرابعة : لو استأجر شخص من الأربعة ما ذكر : صح .

وهل الأجرة بقدر القيمة ، أو أرباعاً ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا تزوج أربعاً بمهر واحد . أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد . على ما يأتى فى مواضعه .

وإن تقبل الأربعة الطحن فى ذممهم : صح . والأجرة أرباعا . ويرجع كل واحد على رفقته ، لتفاوت قدر العمل بثلاثة أرباع أجر المثل .

الخامسة : لو قال : أجر عبدى ، وأجرته بيننا : فالأجرة كلها للسيد : وللآخر أجرة مثله .

قوله ﴿ الخَامِسُ : شَرِكَةُ المفَاوضَةِ . وَهِيَ أَنْ يُدْخِلاَ فِي الشَرِكَةِ الأَكْسَابَ النَّادِرَةَ ، كَوُجْدَانِ لُقَطَةٍ ، أَوْ رِكَازٍ ، أَوْ مَا يَحْصُلُ لَهُمَا مِنْ مِيرَاثٍ ، وَمَا يَلْزَمُ أَحَدَهُمَا مِنْ ضَمَانِ غَصْبٍ ، أَوْ أَرْشِ جِنَايَةٍ ، وَنَحوِ ذَلِكَ ﴾

كما يحصل لهما من هبة أو وصية ، وتفريط ، وتعدٍّ ، وبيع فاسد .

﴿ فَهَذِهِ شَرِكَةٌ فَاسِدَةٌ ﴾ .

اعلم أن شركة « المفاوضة » على ضربين .

أحدهما : أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه الشراء أو البيع ، والمضاربة ، والتوكيل ، والابتياع فى الذمة ، والمسافرة بالمال ، والارتهان ، وضمان ما يرى من الأعمال . فهذه شركة صحيحة . لأنهـا لا تخرج عن شركة العنان ، والوجوه ،

والأبدان . وجميعها منصوص على صحتها . والربح على ماشرطاه . والوضيعة على قدر المال . قاله الأصحاب . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم .

قال فى الفروع : وإن اشتركا فى كل مايثبت لهما أو عليهما ، ولم يدخلا فيها كسبا نادراً ، أو غرامة ، كلقطة وضمان مال : صح .

وقال فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم : و« المفاوضة » أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر كل تصرف مالى وبدنى من أنواع الشركة فى كل وقت ومكان على مايرى . والربح على ماشرطا . والوضيعة بقدر المال . فتكون شركة عنان ، أو وجوه ، أو أبدان ، ومضاربة . انتهوا .

الضرب الثانى : ماذكره المصنف . وهى أن يدخلا فيها الأكساب النادرة ونحوها . فهذه شركة فاسدة . على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف . ونص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والمغنى ، والتلخيص ، والحاوى الصغير ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

وقال فى المحرر : إن اشتركا فى كل مايثبت لهما أو عليهما : صح العقد ، دون الشرط . نص عليه . وأطلق . وذكره فى الرعاية قولاً .

وفى طريقة بعض الأصحاب : شركة المفاوضة : أن يقول « أنت شريكى فى كل مايحصل لى بأى جهة كانت من إرث وغيره » لنا فيه روايتان . المنصور : لاتصح . انتهى .

فعلى المذهب : لكل منهما ربح ماله وأجرة عمله . ومايستفيده له . ويختص بضمان ماغصبه ، أو جناه ، أو ضمنه عن الغير .

باب المساقاة

فائدة : « المساقاة » مفاعلة من السقى . وهى دفع شجر إلى من يقوم بمصلحته بجزء معلوم من ثمرته . قاله المصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه .

قال السامرى فى مستوعبه : هى أن يسلم نخله أو كرمه ، أو شجراً له ثمر مأكول

قال الزركشى : وليس بجامع . لخروج مايدفع إليه ليغرسه ويعمل عليه . ولا بمانع ، لدخول ماله ثمر غير مقصود ، كالصنوبر .

قوله ﴿ تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَكُلِّ شَجَرٍ له ثَمَرٌ مَأْكُولٌ بِبَعْضِ ثَمَرَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقال المصنف ، وتبعه الشارح : تصح على كل ثمر مقصود . فلا تصح فى الصنوبر .

وقالا : تصح على مايقصد ورقه أو زهره . وجزم به فى النظم ، وتجريد العناية .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : ونحوه ، كورد ، وياسمين ونحوهما . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وعنه : لاتصح إلا فى النخل والكرم ، لاغير .

وقال فى الرعاية الكبرى ــ بعد ذكر ماتقدم ــ : ولا تصح على شجر بثمر بعد عدة سنين . وقيل : تصح . انتهى .

قلت : وهو مشكل . فإن النخل وبعض الأشجار لاتثمر إلا بعد مدة طويلة ، وتصح المساقاة عليه .

فائدة : لو ساقاه على مايتكرر حمله : من أصول البقول ، والخضروات ــ كالقطن والمقاثى ، والباذنجان ونحوه ــ لم تصح .

قال فى الرعاية وغيره : ولا تصح المساقاة على مالاساق له .

وقال فى القاعدة الثمانين : إن قيل هى كالشجر ، صحت المساقاة . و إن قيل : هى كالزرع ، فهى مزارعة . وفيه وجهان .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِلَفْظِ الْمُسَاقَاةِ وَالْمُعَامَلَةِ ، وَمَا فِى مَعْنَاهُمَا ﴾

نحو « فالحتك ، أو اعمل بستانى هذا » .

قال فى الرعاية ، قلت : و بقوله « تعهد نخْلى ، أو أبره ، أو اسقه . ولك كذا » أو « أسلمته إليك لتتعهده بكذا من ثمره » انتهى .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ فى أحد الوجهين ﴾

وهما فى المزارعة أيضاً . وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والمذهب الأحمد .

أحدهما : تصح . اختاره المصنف هنا ، والشارح ، وابن رزين . وقالوا : هو أقيس ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وهو المذهب ، على ما اصطلحناه .

والثانى : لاتصح . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وقيل : إن صحت بلفظها كانت إجارة . ذكره فى الرعاية .

قوله ﴿ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِى رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ ـ فِيمَنْ قَالَ : أَجَّرْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ بِثُلُثِ مَايَخْرُجُ مِنْهَا ـ أَنَّه[1] يَصِحُّ . وَهَذِهِ مُزَارَعَةٌ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ . ذَكَرَهُ أَبو الخَطَّابِ ﴾ .

(١) من هنا خرم من نسخة المصنف قدر ثلاث ورقات

والمصنف هنا ، واختاره فى المساقاة . واختار المصنف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل : أن هذه مزارعة بلفظ الإجارة .

قال المصنف هنا : وهذا أقيس ، وأصح . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

فعلى هذا : يكون ذلك على قولنا «لا يشترط كون البذر من رب الأرض» كما هو مختار المصنف ، وجماعة . بل يجوز أن يكون من العامل ، على ما يأتى فى المزارعة .

والصحيح من المذهب : أن هذه إجارة ، وأن الإجارة تجوز بجزء مشاع معلوم مما يخرج من الأرض المأجورة . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : اختاره الأكثر .

قال القاضى : هذا المذهب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تصح إجارة الأرض للزرع ببعض الخارج منها . وهذا ظاهر المذهب ، وقول الجمهور . انتهى .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والفائق وغيرهم . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا تصح الإجارة بجزء مما يخرج من الأرض . واختاره أبو الخطاب والمصنف .

قال الشارح : وهو الصحيح . ذكره آخر الباب .

وقال : هى مزارعة بلفظ الإجارة .

وعنه : تكره ، وتصح . وأطلق الأولى والأخيرة فى المستوعب .

فعلى المذهب : يشترط لها شروط الإجارة ، من تعيين المدة وغيره .

فوائد

الأولى : لو صح فيما تقدم إجارة أو مزارعة ، فلم يزرع : نظر إلى معدل المغل

فيجب القسط المسمى فيه . فإن فسدت ، وسميت إجارة : فأجرة المثل ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

قال فى الفائق : جعل من صححها إجارة العوضَ غير مضمون .

وقيل : قسط المثل . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

الثانية : تجوز وتصح إجارة الأرض بطعام معلوم من جنس الخارج ، على الصحيح . نصرها أبو الخطاب .

قال فى الفائق : وهو المختار . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها . وقدمه فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، والحاوى الصغير .

وعنه : لا تجوز ، ولا تصح . اختاره القاضى . وصححه الناظم .

قال ابن رزين : لا تصح فى الأظهر . وجزم به فى نهايته . وأطلقهما فى المغنى والشرح ، والفائق .

وعنه رواية ثالثة : تكره ، وتصح . وأطلقهن فى الفروع .

وحمل القاضى الجواز على الذمة ، والمنع على أنه منه .

الثالثة : إجارتها بطعام من غير جنس الخارج تصح . على الصحيح من المذهب ونص عليه فى رواية الحسن بن ثواب . وجزم به فى المستوعب ، والنظم ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، والفائق .

وعنه : ربما قال « نهيته » .

قال القاضى : هذا من الإمام أحمد على سبيل الورع .

قوله ﴿ وَهَلْ تَصِحُّ عَلَى ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ ﴾ يعنى : إذا لم تكمل ؟ ﴿ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى والمحرر ، والشرح ، والمذهب الأحمد .

إحداهما : تصح ، وهى المذهب . وعليها أكثر الأصحاب . منهم أبو بكر .

قال فى الخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعاية الكبرى ، والفروع : تصح على أصح الروايتين . وصححه فى تصحيح المحرر .

قال فى تجريد العناية : تصح على الأظهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفائق ، والحاوى الصغير . وغيرهم .

والرواية الثانية : لا تصح . صححه فى النظم .

فائدة : وكذا الحكم لو زارعه على زرع نابت ينمو بالعمل . قاله الأصحاب . وأما إن زارعه على الأرض وساقاه على الشجر : فيأتى فى كلام المصنف وما يتعلق به فى أول فصل المزارعة .

قوله ﴿ وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى شَجَرٍ يَغْرِسُهُ وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ حَتَّي يُثْمِرَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب المشهور المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

وقيل : لا تصح .

قال القاضى : المعاملة باطلة .

فعلى المذهب : يكون الغرس من رب الأرض . فإن شرطه على العامل : فحكمه حكم المزارعة إذا شرط البذر من العامل . على ما يأتى فى كلام المصنف .

فوائد

الأولى : قال فى الفروع : ظاهر نص الإمام أحمد رحمه الله : جواز المساقاة على شجر يغرسه و يعمل عليه بجزء معلوم من الشجر ، أو بجزء من الشجر والثمر ، كالمزارعة . وهى المغارسة ، والمناصبة .

واختاره أبو حفص العكبرى فى كتابه . وصححه القاضى فى التعليق أخيراً .

واختاره فى الفائق ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكره ظاهر المذهب .

وقال : ولو كان مغروساً ، ولو كان ناظر وقف ، وأنه لا يجوز للناظر بعده بيع نصيب الوقف من الشجر بلا حاجة ، وأن للحاكم الحكم بلزومها فى محل النزاع فقط . انتهى .

وهذا احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لاتصح . اختاره القاضى فى المجرد ، والمصنف ، والشارح . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق .

الثانية : لو كان الاشتراك فى الغراس والأرض : فسدت وجهاً واحداً . قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

وقال الشيخ تقى الدين : قياس المذهب صحتها .

قال فى الفائق ، قلت : وصحح المالكيون المغارسة فى الأرض الملك ، لا الوقف . بشرط استحقاق العامل جزءاً من الأرض مع القسط من الشجر. انتهى

الثالثة : لو عملا فى شجر لهما ، وهو بينهما نصفان ، وشرطا التفاضل فى ثمره : صح على الصحيح من المذهب . جزم به فى المنور وغيره . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع . وصححه فى تصحيح المحرر .

وقيل : لا تصح كمساقاة أحدهما للآخر بنصفه . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

فعلى هذا الوجه : فى أجرته احتمالان فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

قلت : الأولى أن تكون له الأجرة على الآخر ، قياساً على نظائرها .

قوله ﴿ وَالْمُسَاقَاةُ : عَقْدٌ جَائِزٌ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ ﴾ .

فى رواية الأثرم . وقد سئل عن الأكار يخرج من غير أن يخرجه صاحب الضيعة ؟ فلم يمنعه من ذلك .

وكذا حكم المزارعة ، وهذا المذهب . اختاره ابن حامد وغيره .

قال فى تجريد العناية : وهى عقد جائز فى الأظهر . وصححه ناظم المفردات . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والمذهب الأحمد ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : هى عقد لازم . قاله القاضى . واختاره الشيخ تقى الدين . وقدمه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب .

واختار فى التبصرة : أنها جائزة من جهة العامل ، بل لازمة من جهة المالك . مأخوذ من الإجارة .

فعلى المذهب : يبطلها ما يبطل الوكالة . ولا تفتقر إلى ذكر مدة . ويصح توقيتها . ولكل واحد منهما فسخها .

فمتى انفسخت — بعد ظهور الثمرة — فهى بينهما . وعليه تمام العمل .

وإن فسخ العامل قبل ظهورها : فلا شىء له . وإن فسخ رب المال — قال فى الرعاية : أو أجنبى — فعليه للعامل أجرة عمله .

وعلى الوجه الثانى : لاتبطل بما يبطل الوكالة .

وتفتقر إلى القبول لفظاً . ويشترط ضرب مدة معلومة تكمل فى مثلها الثمرة . فإن جعلا مدة لا تكمل فيها : لم تصح .

وهل للعامل أجرة ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : له أجرة مثله . وهو الصحيح .

قال فى التصحيح : أحدهما : إن عمل فيها وظهرت الثمرة : فله أجرة مثله . وهو الصحيح . و إن لم تظهر : فلا شىء له .

وكذا قال فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وصححاه . وصححه فى النظم .

والوجه الثانى : لا أجرة له . وقدمه ابن رزين .

وقال فى الرعاية ، قلت : إن جهل ذلك فله أجرة . و إلا فلا .

تنبيه : عكس صاحب الفروع . بناء على الوجهين . والظاهر : أنه من الكاتب حين التبييض ، أو سبقة قلم .

فائدة : لو كان البذر من رب الأرض ، وفسخ قبل ظهور الزرع ، أو قبل البذر و بعد الحرث ، فقال القاضى فى الأحكام السلطانية : قياس المذهب : جواز بيع العمارة التى هى الآبار ، و يكون شريكا فى الأرض بعمارته .

واختار ابن منصور : أنه تجب له أجرة عمله ببدنه . وما أنفق على الأرض من ماله . وحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله عليه .

وأفتى الشيخ تقى الدين رحمه الله ــ فيمن زارع رجلا على مزرعة بستان . ثم أجرها ــ هل تبطل المزارعة ؟ .

فقال : إن زارعه مزارعة لازمة : لم تبطل بالإجارة . و إن لم تكن لازمة أعطى الفلاح أجرة عمله .

وأفتى أيضاً فى رجل زرع أرضاً ، وكانت بوراً وحرثها ، فهل له إذا خرج منها فلاحه : إن كان له فى الأرض فلاحة لم ينتفع بها : فله قيمتها على من انتفع بها . فإن كان المالك انتفع بها ، أو أخذ عوضا عنها المستأجر : فضمانها عليه . و إن أخذ الأجرة عن الأرض وحدها : فضمان الفلاحة على المستأجر المنتفع بها .

قال فى القواعد : ونص الإمام أحمد ، فى رواية صالح ــ فيمن استأجر أرضاً

مفلوحة ، وشرط عليه أن يردها مفلوحة ، فما أخذها ـ أن له أن يردها عليه كما شرط . قال : ويتخرج مثل ذلك فى المزارعة .

قوله ﴿ وَإِنْ جَعَلا مُدَّةً قَدْ تَكْمُلُ وَقَدْ لا تَكْمُلُ ، فَهَلْ تَصِحّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : تصح . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وقدمه فى الرعايتين والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني : لا تصح .

قال الناظم : هذا أقوى . وجزم به ابن رزين فى نهايته ونظمها .

فائدة : وكذا الحكم لو جعلاها إلى الجداذ ، أو إلى إدراكها . قاله فى الفروع وأطلق فى الرعاية الكبرى الوجهين هنا .

قلت : الصواب الصحة ، وإن منعنا فى التى قبلها .

قوله ﴿ وَإِنْ قُلْنَا : لا تَصِحّ ، فهَلْ لِلْعَامِلِ أُجْرَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : له الأجرة . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح ، والنظم . وقطع به فى الفصول . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين ، ومال إليه ابن منجا فى شرحه .

والوجه الثاني : ليس له أجرة .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ : تَمَّمَ الْوَارِثُ ، فَإِنْ أَبَى اسْتُؤْجِرَ عَلَى

الْعَمَلِ ﴾ يَعْنِي اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ ﴿ مِنْ تَرِكَتِهِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ فَلِرَبِّ الْمَالِ الْفَسْخُ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ فَإِنْ فَسَخَ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

يعنى : إذا مات العامل ، وأبى الورثة العمل ، وتعذر الاستئجار عليه ، وفسخ رب المال : فإن كان بعد ظهور الثمرة ، فهى بينهما . قاله الأصحاب .

وظاهر كلام صاحب الفروع هنا : أن فى استحقاق العامل خلافاً مطلقاً .

فإنه قال : فإن لم يصلح ففى أجرته لميت وجهان .

والعرف بين الأصحاب : أن محل الخلاف إذا لم يظهر . لا إذا لم يصلح . فليعلم ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ فَسَخَ قَبْلَهُ ﴾ يعنى قبل الظهور ﴿ فَهَلْ لِلْعَامِلِ أُجْرَةٌ ؟ عَلَى وجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والنظم .

أحدهما : له الأجرة . صححه فى التصحيح . وجزم به فى منتخب الأدمى .

والوجه الثانى : ليس له أجرة . وقدمه فى الرعايتين .

فائدة : إذا فسخ بعد ظهور الثمرة ، و بعد موت العامل ، فهى بينهما .

فإن كان قد بدا صلاحه خُيِّر المالك بين البيع والشراء . فإن اشترى نصيب العامل جاز . و إن اختار بيع نصيبه باع الحاكم نصيب العامل .

وأما إذا لم يبد صلاحه : فلا يصح بيعه إلا بشرط القطع . ولا يباع نصيب العامل وحده لأجنبى .

وهل يجوز للمالك شراؤه ؟ على وجهين .

وكذا الحكم فى بيع الزرع . فإنه إن باعه قبل ظهوره : لا يصح . وإن باعه بعد اشتداد حبه : صح .

وفيما بينهما لغير رب الأرض باطل . وفيه له وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والفصول .

وقدم فى الرعاية الكبرى عدم الصحة .

قلت : قد تقدم فى بيع الأصول والثمار الخلاف هناك . وأن الصحيح من المذهب : الجواز . فليراجع .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِنْ هَرَبَ الْعَامِلُ فَلَمْ يُوجَدْ لَهُ مَا يُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهَا ﴾

يعنى حكمه حكم مالو مات . كما تقدم من التفصيل . وهو أحد الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا .

والصحيح من المذهب : أن الهارب ليس له أجره قبل الظهور .

قال المصنف ، والشارح : والأولى فى هذه الصورة : أن لا يكون للعامل أجرة . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فائدة : لو ظهر الشجر مستحقا ، فللعامل أجرة مثله على غاصبه . ولا شىء على ربه .

قوله ﴿ وَإِنْ عَمِلَ فِيهَا رَبُّ الْمَالِ بِإِذْنِ حَاكِمٍ ، أَوْ إِشْهَادٍ : رَجَعَ بِهِ . وَإِلَّا فَلَا ﴾ .

إذا عمل فيها رب المال بإذن حاكم : رجع . قولا واحداً . وقطع المصنف هنا أنه يرجع إذا أشهد .

وذكر الأصحاب فى الرجوع إذا نواه ، ولم يستأذن الحاكم : الروايتين اللتين فيمن قضى ديناً عن غيره بنية الرجوع . على ماتقدم فى باب الضمان .

والصحيح : الرجوع على ماتقدم .

ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم .

وكذلك اعتبر الأكثر : الاشهاد على نية الرجوع .

وفى المغنى وغيره : وجه لايعتبر .

قال فى القواعد : وهو الصحيح .

وقوله « وإلا فلا » يعنى : أنه إذا لم يستأذن الحاكم ، ولم يشهد : لايرجع .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى النظم .

أما إذا لم يستأذن الحاكم ، فلا يخلو : إما أن يتركه عجزاً عنه ، أو لا .

فإن ترك استئذان الحاكم عجزاً ، فإن نوى الرجوع : رجع. جزم به فى الفروع .

وإن لم ينو الرجوع : لم يرجع .

وإن قدر على الاستئذان ، ولم يستأذنه ، ونوى الرجوع : فى رجوعه الروايتان اللتان فيمن قضى ديناً عن غيره . والصحيح : الرجوع ، على ماتقدم . قاله فى القواعد .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أمكن إذن العامل ، أو الحاكم ، ولم يستأذنه بل نوى الرجوع ، أو أشهد مع النية : فوجهان .

قوله ﴿ وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ مافِيهِ صَلَاحُ الثَّمَرَةِ وَزِيَادَتُهَا : مِنَ السَّقْيِ وَالْحَرْثِ ، وَالإِبَارِ ، وَالتَّلْقِيحِ ، وَالتَّشْمِيسِ ، وَإِصْلَاحِ طُرُقِ الْمَاءِ ، وَمَوضِعَ التَّشْمِيسِ ونحوه ﴾ .

ويلزم أيضاً قطع حشيش مضر ، وآلة الحراثة ، وبقر الحرث. وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقال ابن رزين : فى بقر الحرث روايتان .

وقال ابن عقيل فى الفنون : يلزم العامل الفأس النحاس التى تقطع الدغل فلا ينبت . وهو معنى مافى المحرر وغيره . قاله فى الفروع .

قلت : قال فى المحرر وغيره : ويلزم العامل قطع الحشيش المضر .

قوله ﴿ وَعَلَى رَبِّ المَالِ مَافيهِ حِفْظُ الأَصْلِ : مِنْ سَدِّ الْحِيطَانِ وَإِجْرَاءِ الأَنْهَارِ ، وَحَفْرِ البِئْرِ ، وَالدُّولَابُ وَمَا يُدِيرُهُ ﴾ .

ويلزمه أيضاً : شراء الماء . وما يلقح به . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الأصحاب : بقر الدولاب على رب المال . نقله المصنف ، والشارح . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والفروع .

وقال ابن أبى موسى والمصنف : يلزم العامل بقر الدولاب ، كبقر الحرث .

وقيل : ما يتكرر كل عام فهو على العامل . وما لا فلا .

قال المصنف : وهذا أصح ، إلا مايلقح به . فإنه على رب المال . وإن تكرر كل سنة .

وذكر ابن رزين فى بقر الحرث والسانية — وهى البكرة — وما يلقح به : روايتين .

وقال الشيخ تقى الدين : السباخ على المالك . وكذلك تسميد الأرض بالزبل إذا احتاجت إليه . ولكن تفريقه فى الأرض على العامل .

فائدة : لو شرط على أحدهما مايلزم الآخر : لم يجز ، وفسد الشرط . على الصحيح من المذهب ، إلا فى الجداد . على مايأتى . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وغيرهما .

قال فى الفروع : والأشهر يفسد الشرط

قال فى الرعاية الكبرى : فسد الشرط فى الأقيس . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وذكر أبو الفرج : يفسد شرط خراج أو بعضه على عامل .

وأخذ المصنف من الرواية التى فى الجداد : إذا شرطه على العامل . وصحح الصحة هنا ، لـكن قال : بشرط أن يعمل العامل أكثر العمل .

فعلى الأول : فى بطلان العقد روايتان . وأطلقهما فى المستوعب ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والفروع ، والنظم ، والفائق .

إحداهما : يفسد العقـد . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والثانية : لايفسد . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قوله ﴿ وَحُكْمُ العَامِلِ حُكْمُ المُضَارِبِ فِيمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ وَمَا يُرَدّ ﴾ .

وما يبطل العقد ، وفى الجزء المقسوم . كما تقدم فى المضارب . وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال فى الموجز : إن اختلفا فيما شرط له : صدق ، فى أصح الروايتين .

وقال فى الرعاية الـكبرى : يصدق رب الأرض فى قدر ماشرطه له . وتقدم بينته . وقيل : بل بينة العامل . وهو أصح .

فائدة : ليس للمساقى أن يساقى على الشجر الذى ساقى عليه . وكذا المزارع كالمضارب . قاله فى المغنى ، وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ ثَبَتَتْ خِيَانَتُهُ : ضُمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُشَارِفُهُ . فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ حِفْظُهُ : اسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُ العَمَلَ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . لـكن إن اتهم بالخيانة ولم تثبت . فقال المصنف ، والشارح وابن رزين فى شرحه : يحلف كالمضارب .

قلت : وهو الصواب .

وقال غيرهم : المالك ضم أمين بأجرة من نفسه . قاله فى الفروع .

والظاهر : أن مراد المصنف ـ ومن تابعه ـ بعد فراغ العمل . ومراد غيره : فى أثناء العمل . فلا تنافى بينهما .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن لم تثبت خيانته بذلك فمن المالك .

وقال فى المنتخب : تسمع دعواه المجردة .

قال فى الفروع : وإن لم يقع النفع به ، لعدم بطشه : أقيم مقامه ، أو ضم إليه .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَ إِنْ سَقَى سَيْحاً : فَلَهُ الرُّبُعُ . وَإِنْ سَقَى بِكُلْفَةٍ : فَلَهُ النِّصفُ ، وَإِنْ زَرَعَهَا شَعِيراً : فَلَهُ الرُّبُعُ . وَإِنْ زَرَعَهَا حِنْطَةً : فَلَهُ النِّصْفُ : لَمْ يَصِحَّ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وقدمه فى الأولى ، وفى الهداية ، والمذهب ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، وقال : نص عليه .

والوجه الثانى : يصح . قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : بناء على قوله فى الإجارة « إن خطته رومياً : فلك درهم ، وإن خطته فارسياً : فلك نصف درهم » فإنه يصح على المنصوص على ما يأتى . وهذا مثله . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وأطلقهما فى الأولى فى الفائق . وأطلقهما فى الثانية فى الهداية ، والمذهب ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة[1] ، والتلخيص ، والبلغة .

فائدتان

إحداهما : لو قال « لك الخمسان إن لزمتك خسارة ، ولك الربع إن لم تلزمك

---

(١) انتهى هنا الخرم من نسخة المصنف .

خسارة » لم تصح ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقال : هذا شرطان في شرط . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال المصنف : يخرج فيها مثل ما إذا قال « إن سقى سيحا فله كذا ، وإن سقى بكلفة فله كذا » .

الثانية : لو قال « ما زرعت من شيء فلي نصفه » صح قولا واحداً .

قوله ﴿ وَتَجُوزُ الْمُزَارَعَةُ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب قاطبة .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هي أحل من الإجارة . لاشتراكهما في المغنم والمغرم .

وحكى أبو الخطاب رواية : بأنها لا تصح . ذكرها في مسألة المساقاة .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ شَجَرٌ فَزَارَعَهُ الْأَرْضَ وَسَاقَاهُ عَلَى الشَّجَرِ : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع . ونص عليه .

فائدة : إذا أجره الأرض ، وساقاه على الشجر ، فلا يخلو : إما أن يكون ذلك حيلة أو لا . فإن كان غير حيلة ، فقال في الفروع : فكجمع بين بيع وإجارة . والصحيح من المذهب : صحتها هناك . فكذا هنا . وهو المذهب .

قال في الفائق : صح في أصح الوجهين . وجزم به في الفائق أيضاً ، في أواخر بيع الأصول والثمار . وقدمه في المغني ، والشرح ، والشارح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وقيل : لا يصح . وهو احتمال في المغني ، وغيره .

وإن كان حيلة ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح .

قال فى الفروع : هذا المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق فى هذا الباب . وقدمه فى الفائق فى باب بيع الأصول والثمار .

وقال فى الرعاية الكبرى : لم تصح المساقاة . وللمستأجر فسخ الإجارة إن جمعهما فى عقد واحد .

وذكر القاضى فى إبطال الحيل جوازه .

قلت : وعليه العمل فى بلاد الشام .

قال فى الفائق : وصححه القاضى .

فعلى المذهب : إن كانت المساقاة فى عقد ثان ، فهل تفسد المساقاة فقط ، أو تفسد هى والإجارة ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : تفسد المساقاة فقط . وهو الصحيح . قدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : يفسدان . وهو ظاهر ما جزم به فى المغنى ، والشرح .

وإن جمع بينهما فى عقد واحد : فكتفريق الصفقة . وللمستأجر فسخ الإجارة

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : سواء صحت أو لا . فما ذهب من الشجر ذهب ما يقابل من العوض .

فائدة : لا تجوز إجارة أرض وشجر لحملها[1] ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وحكاه أبو عبيد إجماعاً .

قال الإمام أحمد رحمه الله : أخاف أن يكون استأجر شجراً لم يثمر ، وجوزه ابن عقيل ، تبعاً للأرض . ولو كان الشجر أكثر . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

وقال فى الفروع : وجوز شيخنا إجارة الشجر مفرداً . ويقوم عليها المستأجر كإجارة أرض للزرع ، بخلاف بيع السنين .

---

(١) كذا فى الأصل الذى بخط المصنف . وفى كشاف القناع (ج ٣ ص٤٥٤) « تصح إجارة أرض وشجر لحملها » أى لحمل الشجر . وهو ورقها وثمرها .

فإن تلفت الثمرة : فلا أجرة . و إن نقصت عن العادة : فالفسح أو الأرش . لعدم المنفعة المقصودة بالعقد . وهى كجائحة . انتهى .

وأما إجارتها لنشر الثياب عليها ونحوه : فتصح .

قوله ﴿ وَلاَ يُشْتَرَطُ كَوْنُ البَذْرِ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ ﴾

هَذَا إِحْدَى الرِوَايَتَيْنِ .

واختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وأبو محمد الجوزى ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق ، والحاوى الصغير . وجزم به ابن رزين فى نهايته ونظمها .

قلت : وهو أقوى دليلا .

﴿ وَظَاهِرُ المَذْهَبِ : اشْتِرَاطُهُ ﴾

وهو الصحيح من المذهب ، والمشهور عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال الشارح : اختاره الخرقى ، وعامة الأصحاب . وجزم به القاضى ، وكثير من أصحابه . وأطلقهما فى المستوعب ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر

فعلى المذهب : لو كان البذر كله من العامل : فالزرع له . وعليه أجرة الأرض لربها ، وهى المخابرة .

وقيل « المخابرة » أن يختص أحدهما بما على جدول أو ساقية ، أو غيرها . قاله فى الرعاية .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله وجها فى المزارعة الفاسدة : أنها تتملك بالنفقة من زرع الغاصب .

قال فى القاعدة التاسعة والسبعين : وقد رأيت كلام الإمام أحمد رحمه الله يدل عليه ، لا على خلافه .

فائدة : مثل ذلك : الإجارة الفاسدة .

تنبيه : دخل فى كلام المصنف : ما لو كان البذر من العامل أو غيره ، والأرض لهما ، أو بينهما . وهو صحيح . قاله فى الفروع وغيره .

قال فى الفائق : ولو كان من العامل ، أو منهما ، أو من العامل والأرض بينهما ، ثم حكى الخلاف .

وقال الأصحاب : لو كان البذر منهما : فحكمه حكم شركة العنان .

فائدتان

الأولى : لو رد على عامل كبذره : فروايتان فى الواضح . نقله فى الفروع .

قلت : أكثر الأصحاب قطعوا بفسادها حيث شرط ذلك .

الثانية : لو كان البذر من ثالث ، أو من أحدهما والأرض والعمل من آخر ، أو البقر من رابع : لم يصح . على الصحيح من المذهب .

وذكر فى المحرر ، ومن تابعه : تخريجاً بالصحة .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله رواية . واختاره .

وذكر ابن رزين فى مختصره : أنه الأظهر .

ولو كانت البقر من واحد ، والأرض والبذر وسائر العمل من آخر : جاز . قاله فى الفائق ، والفروع .

وإن كان من أحدهما المـاء : ففى الصحة روايتان ، تأتيان فى كلام المصنف قريباً . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، وأكثر الأصحاب : عدم الصحة .

ثم وجدت الشارح صححه . وصححه فى تصحيح المحرر . وقدمه فى الخلاصة ، والـكافى . واختاره القاضى . قاله شارح المحرر .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يأْخُذَ رَبُّ الْأَرْضِ مِثْلَ بَذْرِهِ ، وَيقْتَسِمَا البَاقِىَ : فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع : ويتوجه تخريج من المضاربة .

وجوز الشيخ تقى الدين أخذ البذر أو بعضه بطريق القرض . وقال : يلزم من اعتبر البذر من رب الأرض ، وإلا فقوله فاسد .

وقال أيضاً : تجوز كالمضاربة . وكاقتسامهما مايبقى بعد الكلف .

وقال أيضاً : ويتبع فى الكلف السلطانية العرف ، ما لم يكن شرط ، واشتراط عمل الآخر حتى يثمر ببعضه .

قال : وما طلب من قرية من وظائف سلطانية ونحوها : فعلى قدر الأموال . وإن وضعت على الزرع : فعلى ربه . أو على العقار : فعلى ربه . ما لم يشترطه على مستأجر . وإن وضع مطلقاً : رجع إلى العادة .

فائدة : لو شرط أحدهما اختصاصاً بقدر معلوم من غلة ، أو دراهم ، أو زرع جانب من الأرض ، أو زيادة أرطال معلومة : فسدت .

قوله ﴿ وَالْحَصَادُ عَلَى العَامِلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الاصحاب . ونص عليه . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهما .

وقيل : عليهما . وهو رواية عند ابن رزين ، واحتمال لأبى الخطاب ، وتخريج لجماعة .

وقال فى الموجز : فى الحصاد ، والدياس ، والتذرية ، وحفظه ببذره : الروايتان اللتان فى الجداد .

فائدة : اللقاط كالحصاد ، على الصحيح من المذهب . وقطع به الجمهور .

وقال فى الموجز : هل هو كحصاد ؟ فيه روايتان .

قال فى الرعاية الـكبرى ، قلت : واللقاط يحتمل وجهين .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الْجِدَادُ ﴾ .

يعنى أنه على العامل كالحصاد . وهو إحدى الروايتين فى الرعاية الـكبرى ، والفروع ، وتخريج فى المحرر وغيره ، وقياس فى التلخيص . وجزم به فى الوجيز ، وقدمه فى شرح ابن رزين ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه .

وعنه أن الجداد عليهما بقدر حصتهما ، إلا أن يشرطه على العامل . نص عليه. وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وهو من مفردات المذهب .

فائدة : يكره الحصاد والجداد ليلا . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِن قَالَ : أَنَا أَزْرَعُ الْأَرْضَ بِبَذْرِى وَعَوَامِلِى . وتَسْقِيهَا بِمَائِكَ وَالزَّرْعُ بَيْنَنَا . فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع ، ونهاية ابن رزين . ونظمها .

إحداهما : لا يصح . وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضى فى المجرد ، والمصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الخلاصة ، والكافى ، وشرح ابن رزين ، والفائق .

والرواية الثانية : يصح . اختاره أبو بكر ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قوله ﴿ وَإِنْ زَارَعَ شَرِيكَهُ فِى نَصِيبِهِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به ابن منجا فى شرحه . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : لا يصح . اختاره القاضي . قاله في التلخيص وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والتلخيص .

فعلى المذهب : يشترط أن يكون للعامل أكثر من نصيبه . والواقع كذلك.

فائدتان

إحداهما : ما سقط من الحب وقت الحصاد ، إذا نبت في العام القابل : فهو لرب الأرض . على الصحيح من المذهب . ونص عليه .

وذكر في المبهج وجهاً أنه لهما .

وقال في الرعاية : هو لرب الأرض ، مالكا أو مستأجراً أو مستعيراً .

وقيل : له حكم العارية .

وقيل : حكم الغصب .

قال في الرعاية : وفيه بعد .

ويأتي في العارية : إذا حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره ونبت .

وكذا نص الإمام أحمد رحمه الله ــ فيمن باع قصيلا فحصد ، و بقي يسيراً . فصار سنبلا ــ فهو لرب الأرض . على الصحيح من المذهب .

وقال في المستوعب : لو أعاره أرضاً بيضاء . ليجعل فيها شوكا أو دوابّاً ، فتناثر فيها حب ، أو نوى : فهو للمستعير . وللمعير إجباره على قلعه بدفع القيمة لنص الإمام أحمد رحمه الله على ذلك في الغاصب .

الثانية : لو أجر أرضه سنة لمن يزرعها . فزرعها . فلم ينبت الزرع في تلك السنة . ثم نبت في السنة الأخرى : فهو للمستأجر . وعليه الأجرة لرب الأرض مدة احتباسها . وليس لرب الأرض مطالبته بقلعه قبل إدراكه . والله أعلم .

تم بحمد الله وحسن توفيقه : طبع الجزء الخامس من كتاب الإنصاف على النسخة التي بخط المصنف ، والتي منَّ الله بالجزء الثالث منها .

وهو لذلك ــ فيما أعتقد ــ أدق تصحيحاً ، وضبطاً من الأجزاء التي قبله .

والحمــد لله الذي وفق وأعان على إتمام طبعه كذلك : ذلك بمطبعة السنة المحمدية في يوم الاثنين الثامن من شهر جمادى الأولى من سنة ١٣٧٦ هجرية ، الموافق لليوم العاشر من شهر ديسمبر سنة ١٩٥٦ ميلادية .

و يليه إن شاء الله تعالى : الجزء السادس ، وأوله « باب الإجارة » .

والله وحده المسئول أن يعين على سرعة إتمام طبع الأجزاء الباقية .

وصلى الله وسلم و بارك على خير خلقه ، وصفوته من عباده ، إمام المهتدين ، وخاتم المرسلين ، عبد الله ورسوله الــكريم محمد وعلى آله أجمعين .

وأسأل الله أن يجعلنا و إخواننا المؤمنين ، من آل هذا الرســول وحز به المفلحين في الدنيا والآخرة .

وكتبه فقير عفو الله ورحمته

محمد حامد الفقي

فهرس

الجزء الخامس من كتاب الإنصاف

١٠٣ إن أسلم إلى محل يوجد فيه عاما ، فانقطع : خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوماً . وفى الآخر : ينفسخ بنفس التعذر .

١٠٤ السادس : أن يقبض رأس مال السلم فى مجلس العقد

١٠٦ هل يشترط كونه معلوم الصفة والقدر كالمسلم فيه ؟

« فإن أسلم ثمناً واحداً فى جنسين : لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس .

١٠٧ السابع : أن يسلم فى الذمة . فإن أسلم فى عين : لم يصح

« لايشترط ذكرمكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه الخ

١٠٨ يكون الوفاء مكان العقد

« إن شرطه فى غيره : صح

« لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه

١٠٩ ولا هبته

« ولا أخذ غيره مكانه

١١٠ ولا الحوالة به

« يجوز بيع الدين المستقر لمن هو فى ذمته بشرط أن يقبض عوضه فى المجلس

١١٢ لا يجوز لغيره

« يجوز الإقالة فى السلم

١١٣ يجوز فى بعضه فى إحدى الروايتين

٢١٣ إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه

١١٤ إذا انفسخ العقد بإقالة أو غيرها : لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضاً من غير جنسه

١١٥ إن كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه الخ

« هل يقع قبضه للآمر ؟

١١٦ إن قال : اقبضه لى ، ثم اقبضه لنفسك : صح .

« وإن قال : أنا أقبضه لنفسى ، وخذه بالكيل الذى تشاهده . فهل يجوز ؟

« وإن اكتاله وتركه فى المكيال وسلمه إلى غريمه ، فقبضه : صح القبض لهما .

١٢٠ إن قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله فى قدره

١٢١ إن قبضه كيلا أو وزنا ، ثم ادعى غلطا : لم يقبل قوله

١٢٢ هل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه ؟

١٢٣ باب القرض

« يصح فى كل عين يجوز بيعها إلا بنى آدم والجواهر ونحوها

١٢٥ يثبت الملك فيه بالقبض

١٢٦ لا يملك المقرض استرجاعه . وله طلب بدله

« فإن رده المقترض عليه لزمه قبوله

١٢٧ ما لم يتعيب ، أو يكن فلوساً ، أو مكسرة ، فيحرمها السلطان

٤٠٧ كتاب الشركة